

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLVII * Enero-Febrero 1971 * Núm. 482

10

11

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Contiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA :

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M, 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - Gral. Sanjurjo, 20 - Madrid, 1971

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
«Algunas dudas sobre la legislación de Asociaciones», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	9
«La nueva regulación legislativa de la adopción», por FRANCISCO CASTRO LUCINI	41
«Naturaleza y disposición de pisos y locales pro indiviso en propiedad horizontal», por JOAQUÍN SAPENA TOMÁS	75
«Finca independiente, elemento común de otras», por ISIDORO DELGADO ROLLÁN	121
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
I.—Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABA-LEIRO	141
II.—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ CERDÁ GIMENO y FRANCISCO CASTRO LUCINI	155
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	169

	<u>Págs.</u>
LIBROS:	
«Sistema jurídico de las viviendas de protección oficial», de A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, por JOSÉ MARIA CHICO ORTIZ ...	179
«Lecciones de Derecho sucesorio», de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	183
«Marxismo y positivismo lógico. Sus dimensiones jurídicas», de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, por J. M. REY PORTOLÉS	197
«Frode alla Legge», de UMBERTO MORELLO, por PEDRO A. FERRER SANCHIS	201
«Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas (examen especial de las ordenaciones llamadas de Sancta- cilla)», de JOSÉ PELLA Y FORGAS, por JOSÉ CERDÁ GIMENO ...	203
«Il Fallimento nella Giurisprudenza», de PAOLO SCALINI, y «Il pegno nella Giurisprudenza», de ETTORE PROTETTI, por V. L. MONTÉS PFNADES	209
REVISTAS:	213

ESTUDIOS

Algunas dudas sobre la legislación de Asociaciones

SUMARIO: I. *Dificultad del tema.*—II. *Las Asociaciones en la evolución del Derecho penal:* A) Código penal de 1870. B) Dictadura y República. C) Nuevo Estado.—III. *Referencia al tema en la Ley de Orden Público.*—IV. *Legislación específica sobre Asociaciones:* A) Ley de 1887. B) Supuestos excepcionales. C) Decreto de 1941. D) Legislación vigente. E) Problemas que ofrece.—V. *Supuestos de suspensión de las Asociaciones:* A) Competencia para acordarla. B) Asociaciones constituidas irregularmente. C) Funcionamiento no atemperado a la Ley. D) Suspensión con ocasión de actos ilícitos. E) Supuestos previstos en la Ley de Orden Público.—VI. *Competencia en los distintos supuestos de suspensión:* A) Autoridad que puede acordar la suspensión. B) Supuestos en que es competente la Administración: a) Imposición de sanciones. b) No aprobación de la constitución. c) Constitución al amparo de otra legislación. d) Funcionamiento no atemperado a la Ley. e) Problemas del recurso contencioso contra la suspensión. C) Supuestos de suspensión de la competencia de la jurisdicción ordinaria.—VII. *Competencia para la disolución de Asociaciones:* A) Planteamiento general. B) Casos en que puede decretarse la disolución. C) El supuesto de delito de los asociados. D) Observación final.

I

DIFICULTAD DEL TEMA

El artículo 35 de nuestro Código civil considera como personas jurídicas: 1.º Las... Asociaciones... de interés público reconocidas por la Ley. 2.º Las Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Este artículo no es un modelo de acierto en su sistemática. Plantea el problema de la posible existencia de las fundaciones de interés particular que preocupa a los civilistas. A su vez, en cuanto

a las Asociaciones, la distinción entre las de interés público y particular no es nítida. Todavía agrava la cuestión el artículo 36, al establecer que las Asociaciones del número 2 del artículo anterior se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste. Con lo que parece remitirse a las normas del propio Código civil y del de comercio.

Tiene también interés el artículo 745 de nuestro primer cuerpo legal que declara incapaces de suceder: 2.º Las Asociaciones o Corporaciones no permitidas por la Ley. Con lo que se hace tránsito a la esfera penal, en la que recibe tratamiento el tema de las Asociaciones ilícitas.

Pero aparte la normativa general indicada, las Asociaciones han sido objeto tradicionalmente de una regulación propia, en desarrollo de las normas constitucionales que garantizan ese derecho de Asociación. Normas fundamentalmente administrativas, que completan el marco jurídico patrio.

Precisamente, la concurrencia de disposiciones civiles, penales, administrativas propias, y la referencia que al tema contiene la legislación de orden público, contribuye a hacer más difícil la regulación de las Asociaciones.

A su vez, el que esta materia se halle a caballo entre varios sectores del Derecho, fundamentalmente entre el público y el privado, determina que el tratamiento doctrinal de aquélla sea escaso. De ahí que la nueva Ley de Asociaciones no haya suscitado los comentarios que su interés demandaba, y que algunos problemas de ella apenas hayan sido entrevistados por la dogmática.

Este motivo nos impulsa a abordar algunos puntos dudosos de la nueva legislación. Pero, precisamente por la escasez de estudios completos en la materia, hemos creído necesario que a aquellos puntos precedan unas breves líneas sobre la evolución legislativa del Derecho de Asociaciones.

Dos advertencias en fin: los puntos a examinar se concretan en las facultades de la Administración y de los Tribunales en la suspensión y disolución de las Asociaciones; de éstas sólo nos ocuparemos de las reguladas por la Ley especial de 24 de diciembre de 1964, quedando al margen las excluidas de la misma o el asociacionismo de cualquier otro tipo.

II

LAS ASOCIACIONES EN LA EVOLUCION
DEL DERECHO PENAL.

A) Prescindiendo de antecedentes más lejanos, que no interesan al efecto de este breve esbozo, el tratamiento penal de las Asociaciones aparece en el Código de 1870. Y por cierto en perfecta congruencia con el texto constitucional vigente entonces, de 1 de junio de 1869. El artículo 17 de esta constitución reconocía a los españoles "el derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública."

Así, para el Código penal de 17 de junio de 1870, en su artículo 198, se reputan Asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código.

El alcance del número 1º fue aclarado en la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 28 de enero de 1884. "El concepto de la moral significa la conformidad de las acciones humanas con las Leyes naturales y positivas, en cuyo sentido la moral pública se refiere a las acciones que salen de la esfera privada y trascienden o afectan a los intereses generales de la sociedad."

B) Las restricciones que en el campo de los derechos políticos supuso la Dictadura, exigían una reforma constitucional. Esta vendría seguida de Leyes especiales, entre las cuales una sería la relativa a las Asociaciones. Así, el artículo 268 del Código penal de 1928 se remitía a las Leyes que se dictaran para sancionar los delitos de los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos constitucionales. Hasta la publicación de esas Leyes, el artículo 856 declaraba en vigor los correspondientes preceptos del Código penal de 1870.

La nueva constitución no llegó hasta la instauración de la República. El artículo 39 del texto básico de 9 de diciembre de 1931 establecía: "Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme

a las Leyes del Estado. Los sindicatos y Asociaciones están obligados a inscribirse en el Registro público correspondiente, con arreglo a la Ley."

Sin embargo, la Ley de defensa de la República de 21 de octubre de 1931, en su artículo 3, había facultado al Ministro de la Gobernación para: "clausurar los Centros o Asociaciones que se considere incitan a la realización de actos comprendidos en el artículo 1 de esta Ley". La expresión "se considere" otorgaba a la Administración una discrecionalidad amplísima.

El mismo Código penal de 27 de octubre de 1932 definía, en su artículo 185, las Asociaciones ilícitas en términos coincidentes con el viejo Código de 1870. Y cabe una alusión a la Ley de 22 de noviembre de 1934, sobre tenencia de armas y explosivos, que sancionaba a las Asociaciones declaradas responsables en tal materia.

En esta época hay una nueva precisión jurisprudencial sobre las Asociaciones ilícitas. Así califica, la sentencia de 20 de diciembre de 1933, a una célula comunista organizada con fines extremistas o de violencia. "Que debe reputarse contraria a la moral pública toda Asociación que contradiga o se oponga a las normas fundamentales que sirven de soporte a la convivencia nacional de todos los ciudadanos, al tratar de obtener el logro de sus fines, cualquiera que sea su clase, fuera de las vías legales o por otro procedimiento que no sea la lucha normal propia de las naturales discusiones humanas, por cuanto el término 'moral pública' que emplea el artículo 185 no cabe interpretarlo como análogo al concepto restrictivo de buenas costumbres, sino como afirmación de todo un sistema de exigencias jurídicas, fundadas en la mera naturaleza humana, que regula las condiciones mínimas de la convivencia social."

C) La normativa del Nuevo Estado en materia de Asociaciones acusa las circunstancias críticas de su instauración. Buena prueba de ello lo tenemos en la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, dictada en plena contienda bélica y con antecedente directo en el Decreto de 13 de septiembre de 1936.

Según el artículo 2 de aquella Ley, "quedan fuera de la Ley todos los partidos y agrupaciones políticas y sociales que desde la

convocatoria de las elecciones celebradas en 16 de febrero de 1936, han integrado el llamado Frente Popular, así como los partidos y agrupaciones aliados y adheridos a éste por el solo hecho de serlo, las organizaciones separatistas y todas aquéllas que se hayan opuesto al triunfo del Movimiento Nacional”.

Complemento de la anterior disposición fue la Ley de represión de la Masonería de 1 de marzo de 1940. Según su artículo 1, “constituye figura de delito, castigado conforme a las disposiciones de la presente Ley, el pertenecer a la masonería, al comunismo y demás sociedades clandestinas a que se refieren los artículos siguientes”.

El artículo 2 declara disueltas las indicadas organizaciones “que quedan prohibidas y fuera de la Ley”. Como consecuencia de tal declaración se decreta la confiscación de sus bienes.

Las dos Leyes que hemos mencionado son un antecedente valioso de la de Seguridad del Estado de 1941 que seguidamente veremos. Y esta última explica la actual normativa penal en materia de Asociaciones. Se llega así hasta la Ley de principios fundamentales que proclama cómo toda organización política de cualquier índole al margen del sistema representativo orgánico, será considerada ilegal.

La Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 se dictó para suplir las deficiencias de la legislación anterior en la materia relativa a los delitos que afectan al prestigio y seguridad del Estado. Así se expresa la exposición de motivos que anuncia un futuro Código penal adecuado a las esencias del régimen vigente.

En su artículo 28 se penan las Asociaciones constituidas para la subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado. En el 30 las que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional. El 32 sanciona a las constituidas para atacar en cualquier forma la unidad de la nación española o para promover o difundir actividades separatistas.

El artículo 35 sanciona a las que reconstituyeren o crearen Asociaciones, organizaciones, partidos políticos o entidades del llamado Frente Popular y cualquier otra de tendencias análogas, aún cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso. En el artículo 41 se pena a los que intentaren la implantación

de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fuesen.

El artículo 69 de la Ley concluye que todos los delitos anteriores serán juzgados por la jurisdicción militar.

La normativa hasta aquí examinada influye decisivamente en el Código penal de 23 de diciembre de 1944. El artículo 172 define las Asociaciones que se reputan ilícitas. Los dos primeros números son los tradicionales en nuestro Ordenamiento penal: Asociaciones para delinquir o contrarias a la moral.

Es nuevo el número 3, las prohibidas por autoridad competente, aunque existían antecedentes de clases o estamentos cuyo derecho de Asociación tenía peculiares restricciones. Finalmente, el número 4 abarca las constituidas sin cumplir los requisitos legales, cuya prescripción pudo tener a la vista el régimen de Asociaciones establecido por Decreto de 25 de enero de 1941 que posteriormente examinaremos.

El artículo 173 del Código penal es un desarrollo del anterior y recoge las figuras de la Ley de Seguridad del Estado. El número 1 es reproducción del artículo 30 de dicha Ley. El número 2 se inspira en el artículo 32 de la misma. El artículo 35 queda reflejado en el número 3, aunque la mención del Frente Popular se sustituya por la expresión "entidades declaradas fuera de la Ley". El número 4 recoge lo prescrito en el artículo 41 de la Ley de 1941. Finalmente, la figura del artículo 28 de esta Ley se contempla como agravante de pena en el artículo 174 del Código.

Aún tiene el número 5 el artículo 173 para aquellas organizaciones de tipo militar prohibidas expresamente. Bajo este apartado, según el auto de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1951, cae el organizar una agrupación clandestina de antiguos militares para implantar la república. El Tribunal Supremo lo consideró delito común de la competencia de los Tribunales ordinarios: "Sin que valga objetar que hubiese formaciones de tipo militar, aunque compuesta de individuos no pertenecientes a los cuadros activos del Ejército, pues el último de tales preceptos (artículo 173 del Código penal) señala bajo el número 5 esa modalidad específica de las Asociaciones ilícitas".

El texto revisado del Código penal, aprobado el 28 de marzo

de 1963, reproduce la normativa antes expuesta en materia de Asociaciones ilícitas.

Finalmente, hay que hacer referencia a la legislación sobre terrorismo. El Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968 restablece la vigencia íntegra del texto refundido de represión del bandidaje y terrorismo, aprobado por Decreto de 21 de septiembre de 1960.

De dicho texto refundido tiene interés aquí el artículo 2. Declara reos de rebelión militar... 2.º los que por cualquier medio se unan, conspiren o tomen parte en reuniones, conferencias o manifestaciones con los mismos fines expresados en el número anterior (causar trastornos de orden público interior, conflictos internacionales o desprestigio del Estado, sus instituciones, Gobierno, Ejército o Autoridades).

El artículo 8 de dicho texto declara que la jurisdicción militar será la competente para entender de los delitos comprendidos en esa disposición. No obstante podrá inhibirse a favor de la ordinaria cuando los hechos tuvieren menor gravedad.

III

REFERENCIA AL TEMA EN LA LEY DE ORDEN PÚBLICO

La legislación de Orden público puede afectar al ejercicio normal de los derechos individuales y sociales. Siendo uno de estos últimos el de la Asociación no es de extrañar que el supuesto se contemplara expresamente. Así ocurrió en el artículo 12 de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933. Según él "las asociaciones o sindicatos que organizaren manifestaciones de carácter armado, tal como éste se define en el artículo 10, o carentes de autorización legal, podrán ser suspensos en su funcionamiento por la autoridad gubernativa, dando cuenta a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acuerdo de suspensión. Si transcurridas setenta y dos horas la autoridad judicial no confirmara la suspensión, ésta se entenderá levantada de hecho y de derecho."

Las facultades gubernativas se amplían en la vigente Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959. Así prescribe el artículo 16:

“Las Asociaciones que fomenten o desarrollen cualquier actividad perturbadora del Orden público u organicen reuniones o manifestaciones ilegales, serán suspendidas por las autoridades gubernativas y sus directivos y ejecutores sometidos a las sanciones que les correspondan, sin perjuicio de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente”.

Este artículo 16 está aludido en el 10 de la vigente Ley de Asociaciones. Por ello el tratamiento habrá de ser conjunto. Sin olvidar que la regulación más completa y detallada de la última disposición citada tendrá que superponerse a lo establecido en el transcrito artículo 16.

La normativa sobre Orden público encuentra su complemento procesal en la Ley de 2 de diciembre de 1963, que creó el Tribunal de Orden público. El artículo 3 enumera los delitos en que habra de entender tal Tribunal; entre los que cita en la letra a), están comprendidos los de Asociación ilícita. También conocerá de aquéllos en que la jurisdicción militar se haya inhibido (conforme al artículo 8 del Decreto de 21 de septiembre de 1960) cuando estén comprendidos en esta Ley.

IV

LEGISLACION ESPECIFICA SOBRE ASOCIACIONES

A) La primera fase que vamos a considerar en la normativa de Asociaciones viene dada por la Ley de 1887, vigente durante mucho tiempo. Su base constitucional estaba en el texto fundamental de 30 de junio de 1876. Según éste (artículo 13) “todo español tiene derecho a asociarse para los fines de la vida humana”.

Como desarrollo de ese precepto fundamental se dictó la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887. Se inspiraba en el principio de libertad de constitución, aunque hubiera que presentar a la autoridad gubernativa los estatutos de la Asociación. Dada esa tónica, vamos a transcribir aquellos preceptos que atribuyen facultades para la suspensión o disolución de las Asociaciones.

El artículo 6 prevé el supuesto de que, de los documentos presentados para constituir la Asociación, aparezca que ésta deba reputarse ilícita, con arreglo a las prescripciones del Código penal.

En tal caso el Gobernador remitirá inmediatamente copia certificada de aquellos documentos al Tribunal o juzgado de instrucción competente.

Pero la Asociación podrá constituirse o reanudar sus funciones si, dentro de los veinte días siguientes al de la notificación del acuerdo a que se refiere el párrafo anterior, no se confirma por la autoridad judicial la suspensión gubernativa.

Con todo, el artículo que desarrolla específicamente la facultad de suspensión por parte de la administración es el 12. La autoridad gubernativa... mandará suspender en el acto toda sesión o reunión en que se cometa o acuerde cometer alguno de los delitos definidos en el Código penal.

El gobernador de la provincia, podrá también acordar, especificando con toda claridad los fundamentos en que se apoye, la suspensión de las funciones de cualquier Asociación cuando de sus acuerdos o de los actos de sus individuos, como socios, resulten méritos bastantes para estimar que deben reputarse ilícitos, o que se han cometido delitos que deban motivar su disolución.

Dentro de las veinticuatro horas pondrá en conocimiento del juzgado de instrucción los hechos que hayan motivado la suspensión de la Asociación o de sus sesiones.

La suspensión gubernativa de una Asociación quedará sin efecto si antes de los veinte días siguientes al acuerdo, no fuese confirmada por la autoridad judicial, en virtud de lo prevenido en el artículo 14.

Tal confirmación tenía delimitada sus causas en el indicado artículo 14. La autoridad judicial, decía, podrá decretar la suspensión de las funciones de cualquier Asociación desde el instante en que dicte acto de procesamiento por delito que dé lugar a que se acuerde la disolución en la sentencia.

El ciclo lo corona el artículo 15 al regular específicamente el tema de la disolución. La autoridad judicial será la única competente para decretar la disolución de las Asociaciones constituidas con arreglo a esta Ley.

Deberá acordarla en las sentencias en que se declare ilícita una Asociación, conforme a las disposiciones del Código penal, y en las que dicte sobre delitos cometidos en cumplimiento de los acuerdos de la misma.

Podrá también decretarla en las sentencias que dicte contra los asociados por delitos cometidos por los medios que la Asociación les proporcione, teniendo en cuenta en cada caso la naturaleza y circunstancias del delito, la índole de los medios empleados y la intervención que la Asociación haya tenido en el empleo de dichos medios y en los hechos ejecutados.

B) Sobre el telón de fondo de esta regulación general y completa vamos ahora a mencionar ciertos supuestos especiales por la peculiaridad de los sujetos del derecho a asociarse.

El primero de ellos es el relativo a los militares. Respecto a los cuales ya la constitución de 1876 limitaba el derecho de petición. Después, de las Asociaciones militares se ocupó el Real Decreto de 9 de abril de 1900. Exponía que no tiene razonable explicación el que materia como ésta, tan ocasionada a influir en la disciplina, quedase regida por el gobernador de la provincia y los tribunales ordinarios. En realidad podía mantenerse que tales Asociaciones escapaban a la Ley general de 1887, puesto que ésta excluye de su ámbito a los institutos que existan en virtud de Leyes especiales.

Por esa especialidad, el artículo 1 del Real Decreto prescribía que para autorizar tales Asociaciones, se necesite el previo permiso de la autoridad militar. Por tanto, la autorización u homologación gubernativa había de ir precedida del permiso de la autoridad militar.

La peculiaridad alcanza a la extinción de tales Asociaciones.

Según el artículo 2 los Ministros de la Guerra y de Marina, por virtud de Real Orden, acordada en el Consejo de Ministros, podrán disolver los círculos existentes sujetos a preceptos de este Decreto o los que se creen en lo sucesivo cuando estimen que perturban la disciplina de sus respectivos institutos, o cuando por su organización y fines no se hallen en armonía con los principios que deben servir de fundamento a la Constitución del Ejército y la Armada".

El segundo ejemplo afecta ya a las clases civiles del Estado, si bien no propiamente al servicio de la Administración. La Real Orden de 20 de marzo de 1915 emanaba del Ministerio de Justicia y se refería a las Asociaciones en estos términos: que se recuerde a todos los funcionarios de las carreras judicial y fiscal los preceptos de la Ley Orgánica antes mencionados (son los artículos 3, 4

y 7) haciéndoles saber que en el espíritu de estos preceptos va implícitamente contenida la prohibición de que los expresados funcionarios puedan fundar entre sí Asociaciones de carácter temporal o permanente, ni aún con un fin exclusivamente benéfico, sin haber obtenido previamente la autorización de este Ministerio.

El círculo de destinatarios se amplía en la Ley de funcionarios civiles de 22 de julio de 1918. La base décima regulaba las Asociaciones de funcionarios. Empezaba por reconocer el derecho de Asociación; pero para constituir las de funcionarios se necesita aprobación expresa.

También en la disolución tiene competencia la administración. Pero el gobierno había de dar cuenta a las Cortes, de la Orden ministerial en que se decretara la disolución de cualquier Asociación de funcionarios.

Frente a estos tres ejemplos que hemos citado, la Ley de 8 de abril de 1932, sobre Asociaciones profesionales, reitera el principio general de la Ley de 1887. Según el artículo 42 de la primera, la autoridad judicial será la única competente para decretar la disolución de las Asociaciones profesionales constituidas con arreglo a dicha Ley.

C) La segunda época en la legislación sobre Asociaciones es de carácter transitorio y viene presidida por el Decreto de 25 de enero de 1941. El artículo 1 reitera el principio general de que para constituir una Asociación se necesita la aprobación del Ministerio de la Gobernación.

El artículo 4 preceptúa la documentación que deben presentar las Asociaciones ya existentes. El 5 faculta a la administración para pedir datos complementarios o la subsanación de defectos. El artículo 6 cierra el ciclo: "Las Asociaciones que en los plazos indicados dejasen de cumplir los requisitos que se previenen en los artículos 4 y 5 se considerarán extinguidas, cancelándose los asientos respectivos en el libro registro y dándose a sus bienes el destino legal que proceda".

El sistema de autorización afecta a la existencia de las Asociaciones. Así se desprende del artículo 9 del Decreto de 1941. El incumplimiento, dice, de las disposiciones que anteceden, llevará

aparejada la falta de personalidad jurídica. Ello con independencia de las sanciones gubernativas.

Esta regulación no sufrió alteración con la promulgación del Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945. Este, en su artículo 16, reconoce que "los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes". Así hacía falta la Ley de desarrollo, para que el principio alcanzara efectividad en forma distinta a la del Decreto de 1941. Tampoco la Ley de principios fundamentales del Movimiento de 1958 altera la situación legal en esta materia.

D) Llegamos así al momento actual, representado por la Ley de 24 de diciembre de 1964. El sistema de ésta sobre la constitución de las Asociaciones es intermedio entre el establecido por la antigua Ley de 1887 y el del Decreto de 1941. Ahora la Ley, tras detallar los requisitos y documentos necesarios para la constitución, añade que los fines a perseguir han de ser lícitos y determinados. Y el párrafo 6 del artículo 3 (que tiene por título "constitución de las Asociaciones") concluye: "cuando la Asociación cumpla los requisitos que se establecen en los párrafos anteriores y sus fines no puedan considerarse como ilícitos e indeterminados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.º, párrafos segundo y tercero, de la presente Ley, la autoridad gubernativa no podrá denegar el reconocimiento de la Asociación". Por ello este reconocimiento no es discrecional, sino reglado.

Previamente el artículo 1 de la Ley (libertad de asociación) la reconoce para fines lícitos y determinados. La ilicitud la define en el párrafo 3. "Se entiende por fines ilícitos los contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes Fundamentales, los sancionados por las Leyes Penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España".

La Ley del 64 reserva también a los tribunales la disolución de las Asociaciones. El párrafo 7 establece: "Las Asociaciones se disolverán por voluntad de los socios, por las causas determinadas en el artículo 39 del Código civil y por sentencia judicial".

Esta norma se complementa con el artículo 13 del Reglamento a la Ley de Asociaciones, aprobado por Decreto de 20 de mayo

de 1965. "El acuerdo social o la sentencia judicial de disolución de una Asociación habrán de ser comunicados por ésta o por el Tribunal correspondiente al Registro provincial del domicilio de la misma, a efectos de la inscripción a que se refiere el artículo 7, párrafo 5." La regulación de los Registros de Asociaciones se encuentra desarrollada en la Orden ministerial de 10 de julio de 1965.

Pero el punto que más nos interesa en la nueva Ley de Asociaciones es el relativo a la disciplina de las mismas. La Ley consagra a tal extremo el artículo 10 que transcribimos:

1. La autoridad gubernativa suspenderá de oficio o a instancia de parte las actividades de aquellas Asociaciones reguladas por la presente Ley que no se hayan constituido conforme a lo en ella prevenido.

2. Las mismas autoridades podrán decretar la suspensión de las Asociaciones sometidas al ámbito de esta Ley, por plazo no superior a tres meses, cuando no atemperen su funcionamiento a lo dispuesto en la misma.

3. Pueden ser asimismo objeto de suspensión los actos o acuerdos de estas Asociaciones que adolezcan de los mismos defectos a que hace referencia el apartado anterior, o incurran en la ilicitud prevista por el párrafo 3 del artículo 1.º de esta Ley.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto con carácter general en la vigente Ley de Orden Público, podrá asimismo la autoridad competente suspender las Asociaciones de cualquier régimen con ocasión de actos ilícitos incluidos en el artículo 1.º, párrafo 3, de esta Ley.

5. Corresponde a los Tribunales confirmar o revocar los acuerdos gubernativos y decretar si procede la disolución. A estos efectos los acuerdos de suspensión serán comunicados a la autoridad judicial competente dentro del término de tres días.

6. En los propios supuestos contemplados en los anteriores apartados, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la citada Ley de Orden Público, los gobernadores civiles podrán imponer sanciones hasta 25.000 pesetas, y el Ministro de la Gobernación hasta 500.000 pesetas.

Estrechamente relacionado con este artículo 10 se encuentra el siguiente de la misma Ley y el 17 del Reglamento. El 11 del texto legal regula "el Procedimiento". Helo aquí:

1. En todas las cuestiones que en vía administrativa se susciten sobre el régimen de las Asociaciones, será aplicable la Ley de Procedimiento administrativo, y en su caso, la de lo contencioso-administrativo.

2. En todas las demás cuestiones en que no sea parte la Administración, será competente la jurisdicción ordinaria.

A su vez el artículo 17 del Reglamento dice así:

1. Las decisiones de la autoridad gubernativa suspendiendo a una Asociación o sus actos o sus acuerdos, cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con la Ley reguladora de la misma y lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Asociaciones, podrán ser objeto de los recursos administrativos y contencioso-administrativos en la forma prevista por la legalidad vigente. Las restantes resoluciones gubernativas de suspensión de Asociaciones, o de sus actos o acuerdos, serán comunicadas dentro del término de tres días, a contar desde su adopción, por la autoridad gubernativa a la judicial que resulte competente, correspondiendo a ésta, en el momento oportuno del proceso judicial correspondiente, acordar la revocación de la suspensión o confirmarla.

2. Las sentencias de los tribunales contendrán los pronunciamientos que sean pertinentes sobre las Asociaciones y acuerdos y actos sociales suspendidos, decretando, en su caso, la nulidad de éstos cuando proceda con arreglo a la legalidad vigente, o la disolución de aquéllas cuando igualmente sea pertinente por concurrir la ilicitud prevista en el artículo 1.º, apartado 3, de la Ley, en relación con el artículo 16 del Fuero de los españoles.

Para ultimar la eficacia que la Ley de 1964 ha tenido en la normativa anterior, nos resta ver su disposición final 1.ª y la transitoria 2.ª Por la 1.ª deroga la Ley de 30 de junio de 1887, el Decreto de 25 de enero de 1941, y cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la Ley. En la 2.ª da el plazo de un año, a partir de su publicación, para que las Asociaciones vigentes se sometan a sus preceptos; en caso contrario se considerarán disueltas.

E) La legislación vigente en materia de Asociaciones supone un notable avance respecto al régimen del Decreto de 1941. Si

hubiéramos de señalar un precepto fundamental en aquélla éste sería el párrafo 3 del artículo 1 de la Ley, en cuanto determiná que son fines ilícitos. A su vez hay que tener en cuenta que tal norma contiene una remisión a la Ley de principios fundamentales del Movimiento y demás Leyes fundamentales. La amplitud de la materia y el rango constitucional de los textos aludidos contribuye a que el tema adquiriera mayor importancia.

Porque luego esa ilicitud de fines va a tener repercusión en las facultades de suspensión por la administración y aún en la disolución por los tribunales. Pero de los problemas que ello plantea nos ocuparemos más adelante. Precisamente ya enunciábamos al principio que esa suspensión y disolución sería el tema concreto que abordaríamos.

Tema cuya problemática es aguda, precisamente por la redacción de otro precepto de gran trascendencia. Nos referimos al artículo 17 del Reglamento que ha venido a llenar una laguna que se observaba en la Ley, pero cuya interpretación armónica con los preceptos de ésta ofrece alguna duda. Sobre esta trama se ensamblan las consideraciones siguientes.

V

SUPUESTOS DE SUSPENSION DE LAS ASOCIACIONES

Aunque la Ley y el Reglamento aborden conjuntamente el tema de la suspensión de las Asociaciones y de sus actos y acuerdos, nos concretaremos a la suspensión de las primeras, por más que las reflexiones que se hagan pueden ser útiles para el otro extremo.

A) El primer problema que se ofrece en la materia es el de quién sea competente para acordar la suspensión de las Asociaciones. En la Ley de 1887 el artículo 12 atribuía tal facultad a los gobernadores civiles. Por ello, consecuente con tal precepto, la Real Orden de 23 de agosto de 1902, dirigida a dichas autoridades, les recuerda: "Que los alcaldes y autoridades a las órdenes de V. S. carecen de facultades para decretar la suspensión o clausura de las Asociaciones legalmente constituidas, debiendo limitarse a

poner en su conocimiento los hechos que consideren comprendidos en el párrafo 2.º del artículo 12 de la Ley”.

La Ley actual no menciona expresamente a la primera autoridad provincial. Sin embargo, la solución idéntica encuentra sólidos fundamentos. Dentro del artículo 10 que es el decisivo, el párrafo 1 habla de la “autoridad gubernativa”; el párrafo 2 menciona a las mismas autoridades; el 4 cita a “la autoridad competente”. Expresiones que al utilizarse en singular apuntan al gobernador civil de la provincia.

A la misma conclusión llegamos con el examen del Decreto de 10 de octubre de 1958, sobre los gobernadores civiles. El artículo 23 les atribuye el mando de los servicios de Orden público y concretamente la letra c) dirigir las funciones de policía en materia de Asociaciones. Y medida de este carácter puede ser la suspensión de una de aquéllas.

Finalmente, el párrafo 6 del artículo 10 de la Ley atribuye la facultad de sanción al Ministro de la Gobernación y a los gobernadores de la provincia y no a otra autoridad subordinada.

Claro que las autoridades inferiores podrán ejercer las facultades que les atribuya la Ley de Orden Público, y por descontado comunicar al gobernador civil los hechos que pudieran dar motivo a la suspensión de la Asociación.

B) El primer supuesto de suspensión viene recogido en el párrafo 1 del artículo 10 de la Ley de Asociaciones. Permite suspender las actividades de aquellas Asociaciones, reguladas por dicha Ley, que no se hayan constituido conforme a lo en ella prevenido.

La Ley de 1964 establece un procedimiento para la válida constitución de las Asociaciones. La que comenzara a funcionar sin el cumplimiento de los requisitos legales podría ser objeto de suspensión por parte de la autoridad gubernativa.

Al supuesto anterior cabe asimilar el de las Asociaciones existentes antes de publicarse la Ley vigente, pero que no se adaptaron a sus preceptos en el plazo concedido. La disposición transitoria 2.ª las considera disueltas; y es claro que en tal situación no pueden reputarse constituidas con arreglo a la Ley.

Pero pudiera darse el caso de Asociaciones sujetas a la Ley de 1964 que, no habiéndose constituido con arreglo a sus preceptos,

hayan conseguido nacer a la vida al amparo de otra normativa y bajo otra forma societaria. Sería una Asociación con vestidura jurídica inapropiada. El supuesto es de extraordinario interés. Postulamos su inclusión en el apartado 1.º que examinamos, si bien el desarrollo del tema se hará más adelante.

C) El párrafo 2 del artículo 10 de la Ley permite suspender, por plazo no superior a tres meses, las Asociaciones sometidas a su régimen cuando su funcionamiento no se atempere a lo dispuesto en la misma.

Como en el caso anterior, se trata de Asociaciones sujetas a la Ley del 64. Habrá que entender en cambio que se han constituido válidamente, puesto que en otro caso caerían bajo la órbita del párrafo 1.

Por otra parte el funcionamiento incorrecto no ha de concretarse en los actos ilícitos que se mencionan en los siguientes apartados. El que nos ocupa será aplicable en los supuestos generales de inobservancia de preceptos legales que no revisten mayor gravedad. Por ello la suspensión viene limitada en el tiempo, a diferencia de los otros casos.

En razón a esta menor gravedad y por la escasa tipicidad de este motivo de suspensión (Funcionamiento no atemperado a la Ley) habrá que entender que tiene carácter residual respecto a los más concretos enumerados en los párrafos 1 y 4 del propio artículo 10.

D) El párrafo 4 del artículo 10 citado permite a la autoridad competente suspender las Asociaciones de cualquier régimen con ocasión de los actos ilícitos incluidos en el párrafo 3 del artículo 1 de la Ley. A diferencia de los casos tratados en los apartados B) y C), aquí la suspensión puede aplicarse a las Asociaciones sujetas a la Ley de 1964 y a las reguladas por otra normativa distinta.

La suspensión se basa en actos ilícitos. La remisión es empero al artículo 1 que enumera los fines ilícitos. Y es que, en definitiva, esos fines han de plasmar en actos concretos, como éstos presuponen un fin con el que se realicen.

Según la expresada remisión serían actos ilícitos "los contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes

Fundamentales, los sancionados por las Leyes penales, los que atentén contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España».

En dicha enumeración hay una expresa referencia a las Leyes penales. Los actos contra la moral y el orden público también pueden caer en el número 1 del artículo 172 y en el 246 del Código penal. Los contrarios a la unidad de España encajarían en los números 2 y 4 del artículo 173. En definitiva, nos moveríamos en la esfera penal.

Queda, pues, el caso primero: los actos contra los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes constitucionales. En la Ley de Principios Fundamentales de 17 de mayo de 1958 destacan como puntos susceptibles de actos contradictorios: el principio II sobre religión católica de la nación española; el III en cuanto proclama la aspiración de paz; el IV que consagra la unidad, integridad e independencia patrias; el VII que establece la forma monárquica; y el VIII con una exclusión del régimen de partidos políticos.

La protección penal de los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes constitucionales viene establecida en el artículo 164 bis a) del Código penal, según redacción dada por Ley de 8 de abril de 1967. Es interesante la distinción entre la protección de aquellos principios y de las restantes Leyes fundamentales, en razón de admitir éstas modificaciones por los cauces legales.

Con independencia de ello, los principios fundamentales que antes enunciábamos tienen protección penal más concreta. El IV, por lo que hace a la unidad, y el VIII en las normas sobre Asociaciones ilícitas. El II en el artículo 205 sobre delitos contra la religión católica. Los artículos 127 y siguientes del Código penan delitos contra la paz. El 163 los que se cometen contra la forma de gobierno. Y la lista podría ampliarse. Como se ve, también en este punto nos seguimos moviendo en la esfera penal. Sin olvidar las prescripciones del texto refundido sobre bandidaje y terrorismo que antes citábamos.

E) El artículo 10 de la Ley de Asociaciones deja a salvo lo dispuesto con carácter general en la vigente Ley de Orden Público. Ya transcribimos el artículo 16 de ésta, según el cual la autoridad

gubernativa podrá suspender las Asociaciones que fomenten o desarrolen cualquier actividad perturbadora del orden público u organicen reuniones o manifestaciones ilegales.

En realidad los casos previstos en la Ley de Orden Público, podrían encajar también en el párrafo 3 del artículo 1 de la Ley de Asociaciones. Como allí, la suspensión es aplicable a las Asociaciones de cualquier régimen.

La Ley de Orden Público deja a salvo que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente. Creemos que en este punto es aplicable el párrafo 5 del artículo 10 de la Ley de Asociaciones, que señala el plazo de tres días para comunicar la suspensión a la autoridad judicial. Y, en definitiva, será ésta la que haya de confirmar o revocar tal suspensión. En este extremo hay que entender que la Ley de 1964 completa a la de Orden Público de 1958; y también aquí la esfera en que nos movemos es fundamentalmente penal.

VI

COMPETENCIA EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE SUSPENSION

A) En la vieja Ley de Asociaciones el problema de las competencias estaba resuelto con gran claridad. La autoridad judicial era la única competente para disolver las Asociaciones. La gubernativa podía suspender éstas, pero con supeditación a lo que aquélla resolviera. Tan es así que la suspensión no se ratificaba en un breve plazo se entendía levantada. No es cosa de repetir aquellas disposiciones, ya citadas en este trabajo, que recogen tal criterio.

En la nueva Ley de Asociaciones de 1964, el problema no es tan claro. Hay un artículo en ella, el 11, que aunque se titula de procedimiento, en realidad aborda temas de competencia. El párrafo 2 declara que en las cuestiones sobre Asociaciones en que no sea parte la administración, será competente la jurisdicción ordinaria. Lo cual es lógico, pues estas cuestiones entre asociación y socios y de éstos entre sí pertenecen al Derecho privado y han de venti-

larse ante los tribunales ordinarios. Una Asociación no es la administración pública para que quepa el recurso contencioso.

El párrafo 1 de este artículo 11 arroja menos luz. Se limita a establecer que cuando sobre el régimen de las Asociaciones se susciten cuestiones en vía administrativa será aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo y la de lo Contencioso. Y ello es claro porque si la materia es administrativa dichas Leyes son las aplicables, y tales recursos los que pueden utilizarse. Pero lo que no se dice es cuándo la materia es administrativa. Luego veremos el Reglamento que trata de esta cuestión.

Finalmente, es fundamental en este punto de la competencia el párrafo 5 del artículo 10 de la Ley: "Corresponde a los tribunales confirmar o revocar los acuerdos gubernativos y declarar si procede la disolución. A estos efectos los acuerdos de suspensión serán comunicados a la autoridad judicial competente dentro del término de tres días".

La Ley de 1887 hablaba de comunicar la suspensión al juzgado de instrucción. Hoy la Ley sólo cita la autoridad judicial competente. Y ello unido al párrafo 1 del artículo 11 nos plantea el interrogante. Al mismo quiso salir al paso el Reglamento.

Este, en el artículo 17 antes transcrito, se ocupa de la suspensión. En general la autoridad gubernativa que la acuerde la pondrá en conocimiento de la judicial en el plazo de tres días. "Esta, en el momento oportuno del proceso judicial correspondiente, revocará la suspensión o la confirmará". Con esto se seguiría el sistema tradicional.

Pero el artículo 17 prevé el caso de que el acuerdo de suspender una Asociación haya de ser enjuiciado por la jurisdicción contencioso-administrativa. En tal supuesto aquél podrá ser objeto de los recursos administrativos y contencioso, conforme a la legalidad vigente.

El enjuiciamiento por la jurisdicción contenciosa procederá, según el Reglamento. "de acuerdo con la Ley reguladora de la misma y lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Asociaciones". Pero ya vimos que este artículo 11 se refiere a las cuestiones en vía administrativa, sin definir cuáles sean éstas.

A su vez la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa declara a ésta competente para los actos y materias sometidos al

Derecho administrativo. Pero tampoco establece cuándo ocurre ello. Ni puede acudirse al criterio del autor del acto porque aquí lo es siempre la administración.

Tenemos, pues, un doble régimen sobre las suspensiones sin que esté determinado cuándo procederá el uno o el otro. Desde luego el deslinde de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa suele venir establecido en Ley formal. Cabe pensar en las Leyes de aguas, minas, montes. Además, es la solución correcta. Tal vez por esa conciencia de insuficiencia normativa el Reglamento de 1965 es tan escueto. Pero al establecer la dualidad de régimen deja el problema abierto. Problema que se agrava con una cuestión de jerarquía de normas. Porque el artículo 10 de la Ley prescribe que los acuerdos de suspensión se comuniquen a la autoridad judicial en plazo de tres días y el artículo 17 del Reglamento prevé que en algunos casos lo que proceda es el recurso administrativo y contencioso.

Ante la dificultad del tema nos parece preferible el ir examinando los distintos supuestos de suspensión de Asociaciones, para indagar qué régimen haya de ser aplicable a los mismos. Completaremos el examen con el de otros acuerdos de la administración contra los que el recurso contencioso resulta también procedente.

B) *Supuesto de competencia de la administración.*

a) El artículo 10 de la Ley de Asociaciones recoge los distintos casos de suspensión de éstas o de sus actos. El párrafo 6 concluye que en los supuestos de los anteriores apartados se podrán imponer sanciones por el Gobernador civil o el Ministro de la Gobernación.

Como el artículo 11 declara que en las cuestiones en vía administrativa es aplicable la Ley de procedimiento de 1958, contra el acuerdo del Gobernador podrá recurrirse en alzada al Ministro de la Gobernación.

En cambio, si la sanción la impone el Ministro, no parece que quepa recurso de alzada al Consejo de Ministros. Y ello porque este recurso ha de estar expresamente admitido en la Ley respectiva,

conforme al artículo 122 de la de Procedimiento Administrativo. No ocurre lo propio en la Ley de Orden Público, donde cabe tal alzada al Consejo de Ministros.

Por exclusión el acuerdo del Ministro de la Gobernación, imponiendo la sanción, tendrá que ser objeto del recurso de reposición previo al contencioso. No cabrá aquí la excepción de acto político del Gobierno, porque éste no puede llegar a pronunciarse.

b) La aprobación de la Constitución de las Asociaciones es acto reglado. El artículo 3 de la Ley reguladora establece que, cuando se hayan cumplido los requisitos formales y los fines sean lícitos y determinados, la autoridad gubernativa no podrá denegar el reconocimiento. Si se niega, la desaprobación puede ser objeto de recurso como cualquier otro acto sujeto al Derecho administrativo. A la inversa, si el acto es de aprobación, quien esté debidamente legitimado podrá impugnar ese reconocimiento. La Delegación Nacional de Sindicatos ha usado de ese derecho para oponerse a la creación de aquellas Asociaciones que pudieran romper la unidad sindical.

Así, la sentencia de 25 de octubre de 1962 anula la Orden ministerial de 20 de agosto de 1961, que confirmó acuerdo de la Dirección General de política interior, aprobando el Reglamento de una agrupación de vendedores de libros de ocasión. En parecido sentido otra sentencia de 3 de marzo de 1967. En cambio, el acuerdo gubernativo que aprobó el club de amigos de los payasos fue confirmado por nuestro Tribunal Supremo en sentencia que tuvo gran difusión.

c) El párrafo 1 del artículo 10 de la Ley faculta a la administración para suspender aquellas Asociaciones regidas por ella que no se hayan constituido con arreglo a sus preceptos. Ahora bien, esto puede ser porque no se siguiera ningún procedimiento de creación o porque la Asociación (sujeta a la Ley de 1964) se amparara en las normas de otro tipo de entidades.

Este segundo incumplimiento de formalidades, que podríamos llamar relativo, es el que creemos puede dar competencia a la administración y a la jurisdicción contenciosa. Porque admitir ese incumplimiento sería abrir un portillo al fraude de Ley. Como prueba del aserto citamos un valioso precedente.

Se trata del Real Decreto de competencia de 3 de marzo de 1928. Recayó en torno a una Asociación de regantes que aparecía como tal Asociación hasta que se organizaba como comunidad de Regantes sujeta a la Ley de Aguas. Existía un pleito en que la jurisdicción ordinaria conocía de la personalidad de tal Asociación.

Entretanto, el Gobernador civil declaró disuelta dicha Asociación por funcionar irregularmente. Recurrido en alzada este acuerdo fue confirmado por Real Orden de 7 de septiembre de 1925, expedida por el Ministerio de la Gobernación.

Con esa base el Gobernador civil entabló cuestión de competencia a los tribunales, que fue resuelta a favor del mismo. Traemos los argumentos fundamentales.

“El calificar las personas jurídicas que crean no es potestativo de los interesados; su cualidad viene impuesta por su naturaleza conforme a las Leyes”.

“La entidad creada no tuvo otro objeto que el servir de preliminar y preparación a la entidad administrativa denominada Comunidad de Regantes”. “La Asociación objeto de esta controversia se encuentra comprendida en la definición legal del artículo 1 de la Ley de Asociaciones de 1887”.

Así, pues, “tratándose de una Asociación era inexcusable para su nacimiento a la vida jurídica que se hubieran cumplido oportunamente los requisitos preceptuados en los artículos 4 y 8 de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, y que siendo enunciados, su omisión o incumplimiento determina la nulidad o más exactamente la inexistencia de la entidad que quiso formarse y que no llegó a ser creada”.

Por ello “la Real Orden al declarar que la Asociación de regantes no tuvo existencia legal, no hizo más que reconocer una situación jurídica creada con anterioridad e independencia”. “Siendo además dicha declaración bien distinta de la disolución de tales entidades (que el artículo 15 de la referida Ley reserva a los tribunales de justicia), por ser imposible disolver o dar por extinguida una persona jurídica que no había llegado a existir por defectos esenciales en su constitución”.

Y concluye el Real Decreto: “Carecen de facultades los tribunales ordinarios para decidir sobre la existencia legal de una Aso-

ciación de las comprendidas en la Ley de 30 de junio de 1887, cuya concreta petición se formula en la demanda, la cual ha de plantearse ante la administración, a que privativamente compete cuanto se refiere al ejercicio del derecho de Asociación”.

A su vez la Real Orden de 7 de septiembre de 1925 fue objeto de recurso contencioso para que quedara sin efecto la disolución de la Asociación. Se pedía la nulidad de la Real Orden por abuso de poder y porque la administración con esas atribuciones invadía la esfera propia de otros poderes del estado.

A los pocos días del Real Decreto que resolvió la cuestión de competencia a favor de la administración, el Tribunal Supremo decidió el recurso contencioso en la sentencia de 8 de marzo de 1928. La solución es fácil adivinarla a la vista del Real Decreto y de los argumentos que utilizó el actor.

El Tribunal Supremo acoge la excepción de incompetencia de jurisdicción, “lo que ante la Sala se plantea implica un verdadero conflicto de atribuciones entre los poderes ejecutivo y judicial..., y la Sala tendría que estimarse sin jurisdicción para dirimirlo, porque es al Rey, como poder moderador, a quien corresponde decidirlos”.

En concordancia con la doctrina del citado Real Decreto de competencia, que declara la de la administración en materia de Asociaciones, está la sentencia de la sala 1.ª del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1933. Se abordaba el tema de la prueba de la existencia de las Asociaciones. “La existencia legal de éstas se acreditará, según el artículo 8 de la Ley de 1887, con certificación expedida con relación al Registro de Asociaciones”.

En conclusión en estos casos de Asociaciones amparadas en otra vestidura jurídica distinta a la de la Ley del ramo, el acuerdo de suspensión puede ser objeto de recurso administrativo y posterior contencioso, conforme al párrafo 1 del artículo 11 de la Ley Reguladora. Así lo vimos en el Real Decreto de competencia.

d) El párrafo 2, del artículo 10 de la Ley de 1964 establece que cuando las Asociaciones no atemperen su funcionamiento a lo dispuesto en la misma, podrán ser objeto de suspensión, por plazo no superior a tres meses.

Entendemos que la materia también es aquí típicamente admi-

nistrativa. Por ello el acuerdo de suspensión podrá ser recurrido en alzada conforme a la Ley de procedimiento administrativo. Después cabrá el recurso contencioso.

El problema que puede plantearse, es que mientras se resuelve la alzada y el recurso jurisdiccional, el plazo de los tres meses de suspensión habrá transcurrido. Pero esto no es peculiar de esta materia, sino, que se ofrece en otras administrativas: así las sanciones de suspensión conforme a la Ley de Prensa. Si luego la suspensión resulta improcedente podrá plantearse la cuestión de la indemnización de daños.

e) En los apartados c) y d) hemos examinado dos supuestos en los que los acuerdos de suspensión pueden ser objeto de recurso administrativo y posterior contencioso. Con ello le daríamos la razón al párrafo 1 del artículo 17 del Reglamento de Asociaciones de 1965. Pero ya apuntábamos algunas dudas.

La primera se refiere al rango normativo. El Reglamento considera que la suspensión en ciertos casos es materia administrativa, en la que caben los recursos de esta índole. En cambio el párrafo 5, del artículo 10 de la Ley, establece un único sistema de dar cuenta a la autoridad judicial en el plazo de tres días. Y hay que entender que se refiere a la jurisdicción ordinaria.

La solución la puede dar el párrafo 1 del artículo 11 de la Ley. Aquí se anuncia el recurso administrativo y contencioso cuando la materia sea administrativa. Lo cual puede ocurrir en punto a suspensión de Asociaciones. Y como el precepto es de Ley, el mismo da base suficiente al artículo 17 del Reglamento. Este encontrará un apoyo en dicho artículo 11 sin que a ello sea obstáculo el 10. Porque lo que no cabe admitir es que los dos preceptos de la Ley, tan inmediatos, sean contradictorios.

Admitido que quepa el recurso contencioso en las suspensiones expuestas en los apartados c) y d), queda otro problema: el del procedimiento. Entendemos, con base en el artículo 11 de la Ley y 17 del Reglamento, que ese procedimiento es el ordinario de la Ley de la jurisdicción de 1956.

Pero cabría una tesis sugestiva. El recurso contencioso procedente se tramitaría conforme al artículo 118 de la Ley Reguladora que trata de la suspensión de acuerdos de las corporaciones locales por

infracción de las Leyes. En dicho precepto el plazo para dar traslado de la suspensión a la sala de lo contencioso es de tres días. Y ese plazo es el señalado en el artículo 10 de la Ley de Asociaciones. En segundo lugar este artículo 10 habla de autoridad judicial competente, y no de jurisdicción ordinaria; por tanto sería aplicable a la sala de lo contencioso. Finalmente, el procedimiento especial es mucho más rápido. Lo cual vendría bien para la suspensión por plazo no superior a tres meses que pronto quedaría confirmada o levantada.

Sin embargo, no creemos que esta tesis pueda aceptarse. El artículo 11 de la Ley de Asociaciones y el 17 del Reglamento mencionan el recurso contencioso precedido del administrativo. Y este último quedaría eliminado en el procedimiento especial del artículo 118. Este proceso sólo cabe cuando la suspensión obedece a infracción manifiesta de las Leyes. Esa notoriedad permite la sumariedad procedimental. Todo lo cual falta en las suspensiones de Asociaciones por constituirse bajo otra vestidura jurídica o por no atemperar su funcionamiento a la Ley Reguladora.

Finalmente, publicada la Ley de Asociaciones, en 1964, cuando la de la jurisdicción contenciosa llevaba ocho años de existencia, si hubiera querido remitirse al procedimiento especial del artículo 118 lo habría hecho expresamente. El silencio no cabe interpretarlo sino como remisión al proceso ordinario. Este será el aplicable.

C) Supuestos de competencia de la jurisdicción ordinaria.

El primero de ellos es el caso de la suspensión de Asociaciones regidas por la Ley del ramo que no se hubieran constituido con arreglo a sus normas. Es aplicable el párrafo 1 del artículo 10. Y es que el número 4 del artículo 172 del Código penal reputa Asociaciones ilícitas las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley.

Precisamente la jurisprudencia penal ha aclarado que el precepto es aplicable, aunque la constitución, sin los requisitos legales, no se haya realizado formal y públicamente, porque, por su ilicitud, tales Asociaciones quedan a veces en la clandestinidad. Y esta circunstancia no ha de hacerlas de mejor condición.

Otro supuesto de competencia de la jurisdicción ordinaria será el de las Asociaciones suspendidas al amparo del artículo 16 de la Ley de Orden Público. A él se refiere el párrafo 4 del artículo 10 de la Ley de Asociaciones. La primera Ley citada prescribe que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente.

Igual solución es aplicable a la suspensión de Asociaciones con ocasión de los actos ilícitos enumerados en el artículo 1 (artículo 10, párrafo 4). Sobre la lista de actos ilícitos hay que remitirse a lo tratado más arriba.

Finalmente, también cabe la suspensión de la Asociación, no ya con ocasión de los actos ilícitos, sino, por desarrollar fines ilícitos. Ya que precisamente el artículo 1 de la Ley donde concreta la *ilicitud* es en los fines. La suspensión procederá, pues, a *fortiori*; y de ella habrá de darse traslado a la jurisdicción ordinaria.

Esta jurisdicción es la penal. La Ley de 1887 lo proclamaba expresamente. La Ley de Orden Público habla de tanto de culpa. Finalmente el plazo de setenta y dos horas para comunicar la suspensión tiene un parecido evidente al existente para poner los detenidos a disposición de la autoridad judicial.

Esta confirmará o revocará la suspensión. Para ello no hay plazo, a diferencia de lo que ocurría en la Ley anterior. Sólo el artículo 17 del Reglamento prescribe que tal decisión se adoptará en el momento oportuno del proceso judicial. El levantamiento de suspensión parecerá lógico en los casos de no procesamiento, sobreseimiento o absolución.

VII

COMPETENCIA PARA LA DISOLUCION DE ASOCIACIONES

A) Esta ha venido atribuida tradicionalmente a la autoridad judicial. Entre otras razones se trataba de extinguir una personalidad jurídica, y ello ha de reservarse a los tribunales. La Ley de 1887 era clara y su regulación completa.

El artículo 15 enumeraba los supuestos en que cabía decretar la disolución de Asociaciones, bien por delitos propios o de sus asociados. Carácter excepcional tuvo la prescripción de la Ley de 22 de

noviembre de 1934 sobre tenencia de armas y explosivos. El párrafo 2 del artículo 9 establecía: "las Asociaciones sobre las que recayere alguna responsabilidad por tenencia de armas o explosivos serán disueltas para todos sus fines, tanto si se encontraren dichas armas o explosivos en su domicilio como fuera de él".

Hoy el párrafo 5 del artículo 10 de la Ley de Asociaciones dispone que corresponde a los tribunales decretar si procede la disolución. Pero no se consignan los casos en que proceda, a diferencia de la Ley anterior que los enunciaba.

Y hay que tener en cuenta que la disposición final 1.^a de la Ley de 1964 deroga especialmente la Ley de 30 de junio de 1887, como en general cuantas disposiciones se opongan a ella. La suplencia por tanto no es clara.

B) Queda, pues, acudir al Reglamento de 1965. Según su artículo 17, las sentencias de los tribunales decretarán la disolución de las Asociaciones "cuando sea pertinente por concurrir la ilicitud prevista en el artículo 1, apartado 3 de la Ley, en relación con el artículo 16 del Fuero de los españoles".

La referencia al Fuero de los españoles no soluciona demasiado. El artículo 16 de éste se limita a reconocer a los españoles el derecho de asociarse para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes.

Por esa remisión a las Leyes sí que tiene interés la referencia que el artículo 17 hace al apartado 3 del artículo 1 de la Ley de Asociaciones. Ya dijimos que éste era el precepto capital de la Ley. Y en ese apartado se enumeran ciertamente los fines que han de considerarse ilícitos.

Lo que extraña es que la concreción de una consecuencia de tal importancia, como es la disolución de una Asociación, haya quedado reservada al Reglamento. Y esto plantea algunos problemas, máxime teniendo en cuenta lo que la Ley vigente se separa de la anterior en detalle de regulación.

A base de la exposición que antes hicimos, sobre supuestos de suspensión de que luego había de entender la jurisdicción contenciosa y casos en que la resolución se defería a la ordinaria, creemos que la disolución por los tribunales es procedente en la segunda alternativa.

El recurso contencioso procedía contra los acuerdos de suspensión por plazo no superior a tres meses, o cuando la Asociación se constituía al amparo de otra normativa distinta (así en el Real Decreto de competencia examinado). Pues bien, en el primer caso no hay disolución y en el segundo puede decirse que tampoco; ya el Real Decreto expresaba que no cabía disolver lo que no había llegado a constituirse.

Quedan, pues, los supuestos de competencia judicial. 1.º Asociación constituida sin los requisitos legales. 2.º Suspensión de Asociaciones conforme al artículo 16 de la Ley de Orden Público. 3.º Suspensión de las que desarrollen fines ilícitos o con ocasión de actos ilícitos.

El caso 1.º no ofrece mayores dudas, porque, como decíamos mas arriba, si no hay verdadera constitución sólo impropiamente puede hablarse de disolución. Quedan, pues, el 2.º y el 3.º y ambos pueden reconducirse a este último.

El artículo 17 del Reglamento alude a la ilicitud del artículo 1, párrafo 3 de la Ley: fines ilícitos. Pero creemos que la misma solución hay que aplicar a los actos ilícitos que son en definitiva una concreta manifestación del fin social.

Con esa aclaración, los supuestos 2.º y 3.º abarcarían estos motivos: fines o actos sancionados por las Leyes penales, los que atenten contra la moral, Asociaciones que perturben el Orden Público o que organicen reuniones o manifestaciones ilegales, ilicitud por contrariar los principios fundamentales del Movimiento, y demás Leyes fundamentales, los que impliquen un peligro para la unidad política y social de España.

En su momento veíamos cómo todos esos motivos estaban tipificados penalmente en nuestras Leyes. El que tiene más generalidad es el referente a contradicción con los Principios del Movimiento y demás Leyes fundamentales. El artículo 164 bis, a) del Código penal establece una gradación en la protección de esos Principios y demás Leyes.

Pues bien, en estos supuestos de competencia de la jurisdicción penal, la disolución de la Asociación se decretará claramente al apreciarse la existencia de algún delito. Era el régimen de la Ley

de 1887. Pero surge la duda de si cabrá la disolución aún sin actividad puramente delictiva.

Porque repetimos, la Ley de Asociaciones conecta tal disolución a cuando proceda, y es el Reglamento el que la refiere al artículo 1, de la Ley. Una cosa es clara: que la disolución han de decretarla los tribunales. Pero si el de lo penal no condena, no hay base para entender que sea otra jurisdicción la que hubiera de extinguir la Asociación.

Habría una solución indirecta. El artículo 172 del Código penal considera Asociación ilícita la prohibida por la autoridad competente. A su vez la propia Ley de Asociaciones prohíbe las Asociaciones con fines ilícitos. La conclusión sería que por esa prohibición legal genérica todas las Asociaciones incursas en la ilicitud del artículo 1 de la Ley del Ramo serían penalmente Asociaciones ilícitas y, por tanto, sujetas a disolución.

La solución es demasiado forzada. Las normas penales requieren una tipicidad rigurosa y no parece que el objeto del artículo 1 de la Ley de 1964 fuera crear nuevas figuras delictivas. Sería, pues, al darse uno de los delitos tipificados en nuestras Leyes penales cuando la sanción de la disolución aparecería como procedente.

C) Otro problema es el de la disolución de las Asociaciones por delitos cometidos por sus asociados. El artículo 15 de la antigua Ley de 1887 proporcionaba para ello unos criterios abonados por la lógica y la prudencia. La solución había de buscarse luego en cada caso concreto.

Podríamos citar el supuesto de la sentencia de 5 de julio de 1921. Como consecuencia de unas huelgas la Audiencia penó a un Sindicato obrero por el delito de Asociación ilícita. El Tribunal Supremo casa el fallo. "No están incluidas en la disposición del artículo 198 del Código penal las sociedades constituidas legalmente, aunque algunos de los individuos que la constituyen, bien sea el presidente o el secretario cometa algún hecho punible, al amparo de la constitución legal de la Asociación."

Pues bien, ni la Ley de 1964 ni el Reglamento contemplan especialmente este problema. Pese a estar derogada la Ley de 1887, el acudir a sus criterios resulta obligado. Y es que en definitiva cual-

quier derogación habría que entenderla fundamentalmente en cuanto haya oposición a la nueva Ley. Otra cosa sería hacer tabla rasa del pasado con daño para la normal evolución de la vida jurídica.

D) Por eso en este punto de la disolución de las Asociaciones, como en el antes tratado de la competencia en materia de suspensión de las mismas, hubiera sido de desear que las normas precisas estuvieran en la Ley y no en el Reglamento; y en todo caso que fueran de una mayor claridad para evitar dudas como las que hemos venido exponiendo.

El plantear tales dudas y el apuntar la solución que nos parecía preferible ha sido, el limitado objetivo de este trabajo. Pero más que ello nos agradaría que plumas más autorizadas entraran en este campo, con lo que tal vez se lograra ver convertidas en certezas y claridades esas incertidumbres y dudas que se han reseñado. A ese fin hacemos nuestros votos.

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS,

Abogado del Estado,

La nueva regulación legislativa de la adopción

(Estudio de la Ley 7/1970, de 4 de julio, que modifica
los artículos 172 a 180 del Código civil)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) *Origen y motivos de la reforma.* B) *Sistémática y orden de exposición.* C) *Concepto y evolución histórico-doctrinal:* a) Etimología y noción vulgar. b) Evolución histórica. c) Naturaleza jurídica: teorías: a') La adopción como contrato. b') La adopción como acto jurídico distinto del contrato. c') La adopción como acto complejo. d') La adopción como institución. e') La adopción como negocio jurídico-familiar.

I

INTRODUCCION

A) *Origen y motivos de la reforma.*

La Ley 7/1970, de 4 de julio—aparecida en el *Boletín Oficial* número 161 del día 7 de julio de 1970—, ha vuelto a modificar los artículos 172 al 180 del Código civil, correspondientes al capítulo V del título VII del libro I, que ya lo habían sido por la Ley de 24 de abril de 1958. Esta reforma no implica un fracaso de la anterior, como podría dar a entender el tiempo, escaso para lo que se acostumbra en las modificaciones de las instituciones civiles, que las separa, sino que responde al criterio de prudencia con que se afrontó la reforma de 1958 (puesto de relieve en la general equiparación del adoptado

pleno al hijo natural reconocido, frente a la del hijo legítimo, que establece la actual), debido, en gran parte, a que si estaba fuera de duda la necesidad de reemplazar el viejo texto del Código civil, no se mostraba con igual claridad cuáles habrían de ser los términos y el alcance de la reforma. La experiencia en la aplicación de la nueva regulación, la crítica que ésta hubo de merecer a la doctrina (1) y su incidencia en la opinión pública (2), han sido los

(1) Sin propósito exhaustivo pueden citarse, además de las obras de carácter general (v. gr.: J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. 2.º, 7.ª edición, Madrid, 1958, págs. 191-231; BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1960; D. ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil español*, vol. V, 2.ª edición, Madrid, 1964; J. L. LACRUZ BERDEJO y F. DE A. SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, págs. 419-437), las siguientes especiales sobre el tema: GAMBON ALIX, G.: *La adopción*, Barcelona, 1960; Id.: *Vigencia de las normas del Derecho foral catalán respecto de la adopción después de la Ley de 24 de abril de 1958*, R. J. C., noviembre-diciembre 1958, págs. 737-752; Id.: *Problemas que plantea la adopción en el Derecho penal*, R. J. C., septiembre-octubre 1959, págs. 667-683; BAS Y RIVAS, F.: *La adopción en los impuestos sobre sucesiones y transmisiones patrimoniales*, en esta REVISTA, marzo-abril 1965, números 442-443, págs. 289-302; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *La adopción de expósitos y abandonados. Guía práctica y formularios*, Oviedo, 1968; Id.: *En torno a los conceptos de «abandonado» y «expósito» como sujetos de la adopción*, R. G. L. J., t. LV, números 3, septiembre 1967, págs. 323-343; CAMACHO EVANGELISTA, F.: *Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s. III d. J.)*, en «Estudios de Derecho Romano» (Homenaje al Profesor don Carlos SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO), Zaragoza, 1967, págs. 157-164; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, en esta REVISTA, enero-febrero 1959, números 368-369, págs. 42-82; y marzo-abril 1959, números 370-371, págs. 194-242; CASASUS HOMER, E.: *La representación respecto a los derechos hereditarios del hijo adoptivo en la herencia del adoptante*, R. D. N., números 29-30, julio-diciembre 1960, págs. 213-224; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: *Las II Jornadas Nacionales sobre la adopción*, A. D. C., 1968, tomo XXI, fascículo 4.º, págs. 919-928; Id.: *La descendencia del adoptante como obstáculo para la adopción*, en «Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», Montevideo, julio-diciembre 1967; Id.: *La prohibición de que sean adoptantes las personas que tienen descendientes legítimos*, en «Revista de la Obra de Protección de Menores», número 99, págs. 6-12; Id.: *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español*, A. D. C., XVII-2, 1964, páginas 367-381; Díez GÓMEZ, A.: *La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, R. D. N., números 21-22, julio-diciembre 1958, págs. 327-390, especialmente págs. 353-364; ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Una nueva familia civil: la adoptiva*, Publicaciones de la Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia, Salamanca, 1963; FERRER SANCHÍS, P. A.: *Un comentario desde el punto de vista español al Convenio de La Haya de 1964 sobre adopción*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1969, número 474, págs. 1.255-1.268; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: *La institución contractual del hijo adoptivo y las disposiciones «mortis causa» anteriores y posteriores del adoptante*, R. D. P., noviembre 1959, tomo 43, págs. 936-965; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Notas sobre los derechos sucesorios del hijo adoptivo después de la reforma del Código civil*, R. D. P., febrero 1960, págs. 102-107; Id.: *Problemas de la sucesión del hijo adoptivo*, en «Estudios-homenaje al Profesor don IGNACIO SERRANO Y SERRANO», Valladolid, 1965, tomo I, págs. 405-412; MADRUGA MÉNDEZ, J.: *La adopción*, A. D. C., XVI-3, 1963,

principales factores determinantes de la nueva regulación que, siguiendo las directrices de la precedente, continúa la evolución de la institución en términos de una progresiva apertura a las necesidades sociales, facilitando y robusteciendo el vínculo adoptivo (3). Esta mutabilidad legislativa no es algo exclusivo de nuestra legislación, sino un denominador común a todas las legislaciones de los países civilizados en la época actual que, según su índice de progreso cultural y social, han sentido la necesidad de poner al día, en breves periodos de tiempo, la legislación sobre la materia. Por sólo citar un ejemplo en Francia se han registrado, a partir del texto de 1804, tres radica-

páginas 747-781; MORENO QUESADA, B.: *La tutela de los hijos adoptivos*, A. D. C. XVIII-2, 1965, págs. 435-469; DE LOS MOZOS, J. L.: *Adopción y pacto sucesorio*, R. D. E. A., número 22, octubre-diciembre 1968, págs. 11-23 PÉREZ VOITURIEZ, A.: *La adopción en el Derecho internacional privado*, en «Anales de la Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, vol. II, 1964-65, págs. 55-113; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.: *Notas sobre perfección y forma en la adopción*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1965, núms. 448-449, págs. 1.109-1.113; SOTO BISQUERT, A.: *En torno al contrato de legado en la adopción*, en esta REVISTA, enero-febrero 1968, número 470, págs. 39-51; SOTO NIETO, F.: *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, R. G. D., números 198-199, marzo-abril 1961, págs. 210-217 y 310-323, respectivamente; Id.: *Derechos sucesorios del hijo adoptivo en el Código civil español*, R. G. L. J., tomo 43, diciembre 1961, págs. 681-789; OGAYAR, T.: *La nueva regulación de la adopción*, «Revista de Derecho Judicial», número 2, abril-junio 1960, págs. 13-44; DE LA VALLINA DÍAZ, A.: *Naturaleza jurídica y acto constitutivo de la adopción*, R. D. P., junio 1969, págs. 437-456; VERGER GARAU, J.: *Reconsideración y reforma de la regulación de la adopción*, R. J. C., octubre-diciembre 1968, págs. 901-960, y los trabajos del autor de este artículo: *Los derechos sucesorios del hijo adoptivo. La adopción en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Algunas consideraciones críticas sobre los requisitos de la adopción; I. El adoptante. II. El adoptado*, publicados en el Anuario de Derecho Civil, años 1962, 1966 y 1968, págs. 617-656, 69-79, 337-368 y 369-411, respectivamente, así como *Limitaciones a las disposiciones patrimoniales «mortis causa» establecidas en la escritura de adopción*, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN», publicados por la Universidad de Navarra, vol. III, Pamplona, 1969, págs. 95-130.

(2) La opinión pública hubo de manifestarse en diversas ocasiones y con insistencia a través de artículos y secciones de la prensa diaria (v. gr.: los de Mercedes Fórmica en A B C), contenidos en los números de 26 de enero, 18 y 25 de mayo, 1 y 8 de junio de 1969 y 4 de enero de 1970 sobre candentes problemas reales que demandaban una solución práctica y la difusión del Proyecto de reforma en los números del diario *Ya*, correspondientes al 30 de mayo de 1969 y 7 de febrero de 1970, creando un ambiente favorable a la reforma que ya había sido fomentado por reuniones de diversos Organismos protectores de la infancia, acerca de todo lo cual suministra una completa información en la sección «Vida jurídica», del tomo XXI, fascículo 4.º del Anuario de Derecho Civil nuestro buen amigo J. M. CASTÁN VÁZQUEZ (Vid. *Las III Jornadas Nacionales sobre la adopción*, A. D. C., octubre-diciembre 1968, págs. 919-928).

(3) Como ya destaca la propia Exposición de Motivos del proyecto de Ley en sus tres primeros párrafos, conservados sin alteraciones—a diferencia de lo contrario con otros—en la Ley.

les modificaciones: en 1923, 1939 y 1966-67, y más de media docena de reformas parciales, también de importancia (4). Un panorama similar presentan la mayoría de las legislaciones, incluso aquellas que han regulado por primera vez la adopción en época reciente (5).

(4) Dichas modificaciones son: Ley de 17 de mayo de 1900, que modifica los artículos 353 y 354 del Código civil francés; Ley de 13 de febrero de 1909, modificando el artículo 347; Ley de 19 de junio de 1923, que facilita la práctica de la adopción, reformando toda la legislación precedente; Ley de 19 de julio de 1927, modificativa del nuevo artículo 352; Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, llamado Código de la Familia, que renueva todo el título VIII del libro I del Código, reforzando los efectos de la adopción y creando la nueva institución de la legitimación adoptiva en la que, al parecer, se inspiró nuestro legislador para establecer la adopción plena; Ley de 8 de agosto de 1941 sobre la asimilación del adoptado, en ciertos casos, al hijo legítimo; Ley de 23 de abril de 1949, que inserta una nueva disposición en el artículo 350 del Código, relativa a los apellidos del adoptado; Ley de 17 de abril de 1957, modificando los artículos 344 y 368, a fin de permitir la adopción y la legitimación adoptiva de los recogidos antes del nacimiento de uno o varios hijos legítimos; Ordenanza número 58-1306, de 23 de diciembre de 1958, tendente a facilitar y difundir la práctica de la adopción; la Ley de 1 de marzo de 1963 y, finalmente, la Ley de 11 de julio de 1966, que, junto con los Decretos de 2 de diciembre de 1966 y 12 de enero de 1967, que implica otra nueva modificación fundamental, casi una ordenación *ex novo* de la institución. Acerca de estas reformas y su concreto alcance puede consultarse: M. VISMARD: *Traité théorique et pratique de l'adoption et de la légitimation adoptive*, Sirey, París, 1.ª edición, 1951 (hay ediciones posteriores); P. VERDENAL: *L'adoption dans la Loi du 19 juin 1923 (thèse)*, París, 1923; ROUAST, A.: *L'apport de la Commission de Revision du Code Civil à la législation de l'adoption. Etudes offerts Julliot de la Norandière*, Dalloz, París, 1964, páginas 491-500; M. VISMARD: *L'adoption*, Librairies Techniques, París, 1968; F. VEGA SALA: *La reciente reforma de la adopción en Francia*, A. D. C., XX-3, julio-septiembre 1967, págs. 565-573; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.: *La reforma de la adopción en el Derecho francés*, A. D. C., XVI-3, 1963, págs. 821-823.

(5) Las legislaciones pueden sistematizarse, desde este punto de vista, en: A) Legislaciones que han introducido la adopción recientemente en su Derecho, si bien ya conocían y practicaban de hecho la institución con anterioridad: Finlandia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia y algunas provincias canadienses. B) Legislaciones que han regulado la adopción por primera vez, sin conocerla ni practicarla de hecho antes: Unión Sudafricana, Argentina, Australia, Colombia Británica, Nueva Escocia, Ontario, Quebec, Irlanda, Ecuador, El Salvador, Checoslovaquia y Turquía. C) Legislaciones que habiéndola regulado desde tiempo atrás, la han modificado recientemente: Bélgica, Brasil, Bulgaria, Chile, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, España, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, Italia; Méjico; Nueva Zelanda; Panamá, Holanda, Perú, Polonia, Puerto Rico, Rumania; Portugal; Suiza; U. R. S. S., Uruguay, Venezuela y Yugoslavia. Acerca de su respectivo régimen jurídico apuntamos: M. ANCEL: *L'adoption dans les législations modernes*, Sirey, París, 1958 (hay ediciones más recientes); F. VEGA SALA: *La reciente reforma de la adopción en Italia*, A. D. C., XXI-3, 1968, págs. 643-654; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ: *La nueva Ley luxemburguesa de adopción*, A. D. C., XIII-3, julio-septiembre 1960, páginas 952-957; Id.: *La Ley chilena de legitimación adoptiva*, separata de la R. D. E. A., 1967; B. PIÑAR LÓPEZ: *La adopción en el nuevo Código civil filipino*, A. D. C., VII-4, 1954, págs. 1,175-1,186; RUTSAERT, J.: *La Ley belga de 10 de*

B) Sistemática y orden de exposición.

Circunscrito el objeto de este trabajo al estudio y valoración de la reciente reforma legislativa de la adopción en el Derecho español, prescindo de una detallada evolución histórica; tan sólo haré las indicaciones precisas para tomar conciencia de la actual manera de entender esta institución, tan diferente al criterio decimonónico, que inspiró su recepción en los Códigos, y como, por ello, los antiguos principios interpretativos no resultan válidos hoy día. Esto nos pondrá en franquía para indagar la *ratio legis* de su actual regulación positiva y concluir que es el interés del hijo adoptivo, superior al del adoptante e incluso al de la misma sociedad (valor primordial de la persona), deduciendo de ello que en los casos dudosos la interpretación de la norma ha de ser la más favorable para el adoptado (*non favor adoptator, sed adoptivus*).

A continuación se examina la naturaleza jurídica de la adopción, en una evolución doctrinal que guarda sensible paralelismo con el desarrollo histórico, expuesto anteriormente, para desembocar así en la calificación y el concepto, cara al Derecho español, destacando las notas principales que lo informan. A fin de comprobar cómo y en qué medida estos principios que inspiran la reforma patria se co-

febrero de 1958 en materia de adopción, (*La loi belge du 10 février 1958 en matière de filiation et d'adoption*), en «Ehe und Familie im Privatem und Öffentlichen Recht Zeitschrift für das gesamte Familienrecht» (Bielefeld), año 8, número 6, junio 1961, págs. 239-241; W. NEVILLE BROWN: *La Ley de adopción de 1950 (The Adoption Act, 1950)*, en «Cuadernos de Derecho Anglo-americano», Barcelona, número 2, enero-junio 1954, págs. 97-108; *Ley de adopción de personas sancionada en septiembre de 1948, que regula esta materia sobre la cual omitió legislar el Código civil argentino*, A. D. C., 1949, II-3, páginas 1.158-1.160; H. POVIÑA: *La adopción*, en «Revista del Instituto de Derecho Civil», Universidad de Tucumán, 1949, págs. 9-40; F. MARTÍNEZ SEGOVIA: *Ley (argentina) de adopción de menores*, «Revista Internacional del Notariado», 1949, págs. 356-372; H. BRÜHL: *Die adoption deutscher Kinder durch Staatsangehörige der U. S. A.*, en «Neue Juristische Wochenschrift» (Munich-Berlin), año XI, cuaderno 36, 1958, págs. 1.381-82; H. GLASSING: *Voraussetzungen der Adoption*, Frankfurt-Berlin, 1957 (con muy buena bibliografía hasta la fecha). G. FAVERO: *Note sul problema dell'ammmissibilità dell'affiliazione dei figli adulterini da parte del genitore naturale*, en «Studi in onore di B. Biondi», vol. IV, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 271 y sigs.; C. GRASSETTI: *L'adozione è l'affiliazione*, en «Revista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone» (Milano), año VII, núms. 1-2, enero-junio 1965, págs. 27-33; F. SALVI: *L'affiliazione*, Milano, 1946. Es interesante la regulación del Código civil portugués (arts. 1.972-2.002), aprobado por Decreto-Ley núm. 47.344, de 25 de noviembre de 1966.

responden con los fines que debe cumplir la adopción, según los criterios sociales imperantes, se alude a cuáles sean éstos, para, de acuerdo con su respectiva importancia, desde el punto de vista de una buena política legislativa, admitirlos o rechazarlos. Para obtener una justa valoración conviene tener en cuenta los riesgos que en la consecución de dichos fines suelen presentarse y los medios para evitarlos o prevenirlos.

Seguidamente se exponen las clases de adopción, los requisitos comunales y especiales de ellas, tanto de fondo como de forma, y los efectos que producen en los diferentes órdenes personal, familiar y patrimonial, con especial referencia a los problemas que surgen de la regulación positiva, singularmente en el aspecto sucesorio. Sin olvidar las cuestiones de derecho transitorio e internacional privado que, junto con la extinción de la adopción, constituirán la última parte del trabajo, para finalizar con un juicio crítico sobre la oportunidad y contenido de la reforma.

C) *Concepto y evolución histórico-doctrinal.*

a) *Etimología y noción vulgar.*

La palabra francesa *adoption*, la italiana *adozione*, la portuguesa *adopção*, la inglesa *adoption* y la española *adopción* tienen la misma etimología (6), derivándose del latín *ad* (a, para) y *opto, as, are* (desear, elegir), de donde *optio, onis* viene a significar acción de elegir o escoger (7), encerrando, por tanto, la idea de preferencia —pues no se elige sino lo que previamente se ha destacado sobre algo—, sentido este último con que se utiliza corrientemente (v. gr.: adoptar un determinado género de vida). Etimología y significados que destacan todo lo que el íntimo, personal y afectivo hay

(6) La etimología alemana, aunque diferente, envuelve la misma idea: así, adopción—*Annahme an Kindes Statt*—quiere significar recepción en el lugar de hijo. En Derecho austriaco, el adoptante recibe el nombre de *Wahlvater* y el adoptado el de *Wahlkind*, esto es, padre o hijo elegido (Cfr. *Diccionario Slavy-Grossmann*, y A. QUINTANO-J. HEILPERN: *Diccionario de Derecho comparado*, I, alemán-español, Madrid, 1951).

(7) Vid. voz «adoption» en el *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, de Daremberg, París, 1877, t. I, págs. 75 y sigs.; Id.: «adoption» en *Larousse, Grand Dictionnaire universel du XIX siècle*, t. I, pág. 98, París, 1866.

o debe haber en el acto de adoptar una persona a otra. ¿Y qué relación hay más personal que la procedente de la generación, dado que el hijo viene a ser una prolongación del padre? (8). Por ello puede aceptarse inicialmente que la adopción es el acto mediante el cual se recibe legalmente como hijo a quien no lo es por naturaleza o la elección de una persona para que ocupe el lugar que correspondería al hijo según la sangre. Aparece ya aquí el esbozo de una idea que fue expresada por las *Instituciones* de JUSTINIANO, repetida posteriormente, la de que la adopción imita a la naturaleza (“*adoptio imitatur naturae*”, “*adoptio est aemula naturae, seu naturae imago*”) (9); y esta idea ha adquirido tanta fuerza que muchos de los requisitos y prohibiciones legales para adoptar o ser adoptado se explican precisamente por el deseo de aproximar la llamada por algunos “ficción legal” en que consiste la relación adoptiva en la realidad de la vida, encarnada en la generación.

Cuando se pretende establecer el concepto jurídico de la adopción surgen las dificultades, porque las definiciones de los autores, que vienen a coincidir en lo accidental, discrepan en lo esencial. cual es la determinación de su naturaleza jurídica: En efecto, al tratar de precisarla observamos cómo este término, que en principio es idéntico, parece cambiar de sentido con arreglo a las concepciones sociales y criterios legales dominantes en cada época y en cada legislación particular. Diríase que pesa sobre los juristas, cual terrible anatema, la imposibilidad de lograr un acuerdo, una misma solución, en las materias que someten a su examen, sobre todo en cuanto se plantea la cuestión de la “naturaleza jurídica” de una institución afrontada desde el punto de vista exclusivamente dogmático. Ello puede obedecer a que las ideas de otras épocas no ceden sin lucha ante las nuevas y que, aceptadas por juristas actuales en virtud de la línea de menos resistencia sin tener en cuenta que las razones históricas que las determinaron pueden no ser válidas hoy día, mantienen por mera inercia puntos de vista ampliamente superados por la conciencia social, de tal modo que las legislaciones —a pesar de su derogación— siguen pesando, a través de una interpretación desprovista de sentido histórico, como una losa sobre ge-

(8) Idea que inspira la primitiva sucesión hereditaria, conforme a la cual el heredero es un continuador de la personalidad de su causante.

(9) *Inst.*, 1, 11, 4.

neraciones posteriores a la de sus autores, a las que incapacitan para contemplar los problemas desde la adecuada perspectiva representada por las exigencias de la hora presente, a cuyo servicio debe ponerse el Derecho. Por otra parte, es cierto que, salvo contadas excepciones, el legislador o carece del sentido de anticipación o no se atreve a innovar de una vez, prefiriendo los tanteos y reformas parciales; con lo que la evolución legislativa suele ir a remolque de la ideológica y doctrinal marcada por las exigencias sociales con el riesgo de no acompañarse nunca, cual mito de Aquiles y la tortuga. De aquí que interese, en el sentido y con los límites impuestos, examinar, aun someramente, la evolución histórica de la adopción, a través de grandes rasgos que determinaron distintos principios rectores. Lo que es conveniente para formular luego, con pleno conocimiento de las exigencias actuales y desechando, por tanto, las ya superadas, el concepto técnico-jurídico de la adopción; modo de proceder que se estima preferible al de conceptuar ésta *a priori*.

b) *Evolución histórica.*

La adopción ha atravesado por tres grandes etapas a través de los tiempos. La primera, correspondiente a los Derechos antiguos, caracterizada por el formalismo y la consideración cuasi-pública de la institución, en la que se concibe a favor y en interés exclusivo del adoptante; una intermedia, en la que pierde el favor de que anteriormente gozaba—al variar los presupuestos socio-políticos—regulándose como acto desprovisto de las antiguas solemnes formalidades e incluso, en ocasiones, como acto meramente privado y en la que se considera como una institución filantrópica, con un sentido marcadamente paternalista, al que responden las codificaciones decimonónicas; y un período final en el que vuelve a gozar **de nuevo del favor del legislador**, por imposiciones sociales, quien la somete a rigurosas condiciones o requisitos de fondo y de forma, en interés primordial del hijo adoptivo menor, sin desconocer por ello el interés de la sociedad al que en parte corresponde el acentuado control estatal por medio de organismos especializados (comités de protección a la infancia, tribunales tutelares de menores, asistencia social, etc.).

Los orígenes de la adopción parecen ser antiquísimos, como corresponde a su inicial finalidad esencialmente religiosa, ligada a las ceremonias del culto a los antepasados, la cual acrecentó su importancia degenerando, por ende, con la pérdida del sentimiento religioso. El remoto legislador de los indios dice: "Al que la naturaleza no ha concedido hijos, puede adoptar uno para que cesen las ceremonias fúnebres (10). Aparece también regulada en el Código de Hammurabi (2.283-2.241 a J. C.), practicada con frecuencia por los egipcios (caso célebre es la adopción de Moisés por la hija del Faraón) y por los hebreos (v. gr.: adopciones de Esther por Mardoqueo y de Efraim y Manasés por Jacob) (11), pero sólo el Derecho romano alcanzó su más amplia y completa regulación a través de una complicada evolución que no interesa a nuestro estudio. Bástenos señalar que se distinguió fundamentalmente entre la *adoptio* y la *adrogatio* (según que el adoptado fuere "alieni" o "sui iuris"), en la época clásica, y, ya en la justinianeana, se diferenció la *adoptio plena* de la *minus plena*, según que el adoptante fuera o no un ascendiente del adoptado, lo que producía distintos efectos, pues mientras el ascendiente adquiría la *patria potestas* sobre el adoptado, quien quedaba desligado de su familia de origen, la *adoptio minus plena* sólo determinaba que el adoptado adquiriese derecho a suceder al extraño adoptante, sin que éste tuviese la cualidad de *pater* respecto a aquél, que permanecía vinculado a su familia de origen. Dentro de estas especies fundamentales se conocieron distintas variedades ("*adoptio ex tribus maribus*", "*in solacium amissorum liberorum*", "*per testamentum*", "*adrogatio per rescriptum principis*", "*per scripturam*", "*per populum*") siendo digna de mención la frecuencia con que se utilizó la adopción con fines políticos (v. gr.: para que un patricio pudiese alcanzar un cargo reservado a los plebeyos, se hacía adoptar por uno de éstos, originando la llamada *transitio ad plebem*) constituyendo en el Imperio un cómodo medio de vincular al sucesor y facilitar la transmisión de la dignidad imperial (12), idea que habría de pretender resucitar

(10) *Leyes de Manú*, XI, 10.

(11) VALVERDE (*Tratado de Derecho civil español*, t. IV, 4.ª edición, Valladolid, 1938, pág. 472, núm. 1) cita como adopciones de tipo histórico el *levtrato* del Derecho hebreo y el *niyoga* del Derecho hindú.

(12) Dando lugar a la *adoptio regia*, que en su origen fue una verdadera adopción, realizada en la forma ordinaria y productora de todos sus efectos, para

Napoleón Bonaparte. Ha preocupado a los autores el problema de determinar si en el Derecho romano estaba prohibido adoptar; lo mismo que ocurría en las legislaciones hindú y ateniense, a quien ya tenía hijos legítimos. En tiempos de GAIUS parece que podía adoptar quien tuviese hijos, más en el de CICERÓN la cuestión ofrece algunas dudas motivadas por el pasaje en que exclama: "¿Cuál es el Derecho que regula la adopción? ¿No es acaso preciso que el adoptante se encuentre en edad de no tener hijos y que antes de adoptar haya procurado tenerlos? Adoptar es pedir a la religión y a la Ley lo que no se ha obtenido de la naturaleza" (13).

En el Derecho germánico se conoció la *adoptio in hereditatem* (*affiliatio o afratio*) por la que el adoptado era introducido en la comunidad doméstica del padre adoptivo, originándose un reciproco derecho hereditario que constituía su principal efecto (14).

acabar transformándose y quedar reducida a un acto político independiente de las formas normales de la adopción y sin producir los efectos jurídicos de ésta. Ejemplo de «transiciones», verificadas a través de la «adopción», son las de L. Manlius Acidinus Fulvianus, que fue cónsul patricio en el año 575, hijo de un Fulvio y hermano por la sangre de su colega plebeyo—caso de adopción de un plebeyo por un patricio—, y de Clodio, adoptado por el plebeyo Fontellus en el 695 para acceder al tribunado—caso de adopción de un patricio por un plebeyo—, discutiéndose la posibilidad de abdicar directamente el patriciado por medio de la «transición», sin necesidad de apelar a la adopción. Entre las adopciones imperiales son notables las de Gaius Lucius y Tiberius por Augusto y la de Nerón por Claudio, que fueron verdaderas «adrogaciones», de las que ya había sido destacado y ruidoso precedente la llevada a cabo por Cayo Julio César en su último testamento fechado en su posesión de Lavicum el 13 de septiembre del año 45 a favor de Octavio y que tanto trabajo costó a éste legitimar (Vid. M. H. PRÉVOST: *L'adoption d'Octave*, en «Rev. Int. de Droit antique», III année, t. V, 1950).

(13) Así resulta, para el Derecho ateniense, de un discurso de Demóstenes contra Leochares y de otro de Iseo, y para el romano del «Prodomo» de Cicero (13, 14), en el que el célebre retórico y abogado de Arpino combatió la adopción de Clodio fundándose en que el adoptante tenía ya un hijo, exclamando que una tal adopción es contraria al Derecho religioso. Para estos y otros problemas de la adopción en el Derecho romano, así como para su tratamiento general, pueden verse: F. CAMACHO EVANGELISTA: *Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción* (s. III d. J. C.), en «Estudios de Derecho romano» (Homenaje al Profesor don CARLOS SÁNCHEZ DEL RÍO Y PEGUERO), Zaragoza, 1967, págs. 157-164; F. SCHULZ: *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, págs. 136-142; J. ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, Madrid, s. a., 4.ª edic., págs. 454-459; F. GUTIÉRREZ ALVIZ: *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1948; A. D'ORS: *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 1960, págs. 164-166; P. GÓMEZ DE LA SERNA: *Curso histórico-hermenéutico del Derecho romano comparado con el español*, 3.ª edic., t. I, Madrid, 1863, págs. 97-101; R. SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*, traduc. española de la 17.ª edic. alemana por W. ROSES, Madrid, 1928, págs. 487-490; A. VINICIO: *Comentario académico y forense*, t. I, Barcelona, 1867, págs. 103-114.

(14) Vid. BRUNNER y von SCHWEERING: *Historia del Derecho privado germánico*, Madrid, 1936, pág. 233 y H. PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de MELÓN, Barcelona, 1957, págs. 333 y 363.

En la Edad Media decayó la práctica de la institución, como lo prueba su omisión y hasta su prohibición en las compilaciones del derecho consuetudinario. La *coutume* de Lille expresa taxativamente: *L'adoption n'a lieu* (15). Sin embargo, se recoge en nuestro *Fuero Real* (libro 4.º, título XXII, Ley 2.ª) y en *Las Partidas* (Partida 4.ª, título XVI) definiéndola: "*Adoptio* en latín tanto quiere decir en romance como porfijamiento. E este porfijamiento es una manera que establecieron las Leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otros, *maguer non* lo sean naturalmente", añadiendo que "el porfijamiento es una manera de parentesco" (Partida 4.ª, título XVI, Ley 1.ª), inspirando su regulación los principios romanos, hasta el punto de que, según el profesor OTERO VARELA, la adopción de las Partidas es una total recepción de la justinianeas; por ello parece que no debería haber habido problema en la unificación con el régimen catalán, a salvo la cuestión sucesoria. Más lo cierto es que mientras Cataluña se mantuvo fiel a la posibilidad de adoptar aun teniendo hijos, no sucedió lo mismo con el Derecho castellano al recogerse en el Código civil. En el Derecho aragonés se inspiró la regulación en principios germánicos para adquirir caracteres originales llegándose a una amplia libertad de la que se hacen eco el *Fuero único De adoptionibus*, libro VIII y la *Observancia XXVII, De generalibus privilegiis*, libro VI: "Todo hombre de cualquiera condición que sea y aunque tenga hijos legítimos, puede entre ellos constituir hijo adoptivo". No obstante la amplitud del *Fuero* parece que fue institución escasamente vivida (16).

(15) Vid. P. VERDENAL: *L'adoption dans la loi du 19 juin 1923, (thèse)*, Paris, 1923, pág. 11.

(16) Vid. A. OTERO VARELA: *La adopción en la historia del Derecho español*, en «Dos estudios histórico-jurídicos», Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid-Roma, 1955, págs. 83-146; M. ALONSO Y LAMBÁN: *La adopción*, «Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés», Zaragoza, 1956; Idem: *Acerca de la posibilidad de adoptar habiendo hijos legítimos en el genuino Derecho aragonés*, en «Anuario de Derecho aragonés», C. S. I. C., t. VII, Zaragoza, 1953-54; J. COSTA: *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, 1880; ASSO Y DE MANUEL: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.ª edic., Madrid, 1792, libro 1.º, título VIII.

MUCIUS SCAEVOLE explica esa falta de arraigo de la adopción en Aragón con estas duras frases, en las que parece relampaguear el antiforalismo: «Si la *Observancia* 'Ne pater vel mater pro filio teneatur' consigna 'Item de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem'; si no existe la patria potestad legal, aun cuando de hecho y por derecho universal se reconozca; si a los catorce años el poderío, no del *Fuero*, sino del amor paterno, se entibia porque la autoridad del padre se extingue, ¿cómo van los aragoneses a buscar una institución que

Es preciso llegar a la Revolución francesa para encontrar de nuevo el favor de la institución. En la sesión de 18 de enero de 1792 la Asamblea Nacional decretó que "se invitaba al Comité de legislación a que comprendiera las Leyes relativas a la adopción en su plan general de Leyes civiles" (17). Esta especie de resurrección de la adopción y su consagración en el Código civil de 1804, cuando ya se había perdido gran parte del primitivo entusiasmo revolucionario, se explica por los autores de muy diversa manera: ora acudiendo a la influencia de la cultura clásica sobre las gentes de la época (18), unida a la de las ideas rousseauianas en boga (19) o al sentimentalismo de la época, ora a estimarse como un medio apto para realizar los ideales de igualdad y fraternidad, asegurando al propio tiempo una más equitativa distribución de las riquezas, con lo que se cumplía la parte económica del programa revolucionario. Hasta el extremo de que hubo quien llevado del entusiasmo del momento, llegó a propugnar su establecimiento como un *deber* sagrado para todo ciudadano que careciese de hijos y declarando que "el célibe es un asesino de la prosperidad" presentó una moción para obligar a aquéllos cuya edad estuviera entre los 35 a los 55 años a adoptar un niño de tres años, que sería designado por el respectivo municipio de entre los huérfanos más pobres de la localidad, bajo pena, si se negaba a adoptar, de privación de la ciudadanía (20). Así la adopción fue considerada como un medio de cumplir un deber cívico, idea a la que responde el artículo 4.º de la Constitución de 24 de junio de 1793 al conceder la nacionalidad francesa al extran-

finge un poder cuando el Fuero se complace, siquiera como protesta al absorbente Derecho romano, en negarlo?» (Comentarios, t. III, 3.ª edic., Madrid, 1893, páginas 377-378).

(17) Decreto de 18 de enero de 1792: «L'Assemblée Nationale décrète que son Comité de législation comprendra dans son plan général des lois civiles celles relatives à l'adoption» [Vid. para el estudio de este período, DEJOL: *Retablisement de l'adoption en France (thèse)*, París, 1911].

(18) Cfr. M. GUBAL: *Rapport à la Chambre des Députés au nom de la Commission de législation civile*, J. O., Docs. parl., 1923, Chambre an. núm. 5.989, página 838, y M. PÉRÈS: *Rapport au Sénat*, J. O., Docs. parl. 1923, Sénat, an. núm. 620, pág. 29.

(19) Vid. M. PÉRÈS, cit. nota anterior y DAUBERMESNIL, Arch. not. A D. 11.30.

(20) Vid. BERLIER: *Idées offerbes à la méditation de ses collègues*, en «Fenet, Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil»; OUDOT: *Dicours à l'Assemblée Législative le 25 juin 1792*; y la «requête» presentada por el ciudadano Henry, elector del distrito de Montmédy, al Comité de Législation, en Arch. Nat., D, III, 361.

jero que adopte a un niño francés (21). La adopción invade, con esto, la esfera del Derecho público y entre sus manifestaciones más célebres se encuentra la adopción llevada a cabo por la Asamblea Nacional, mediante Decreto de 25 de enero de 1793, en la hija del representante del pueblo Lepelletier de Saint Fageau, el cual había sido asesinado por un guardia realista a causa de haber votado la muerte de Luis XVI, hecho que puede considerarse como un precedente de la institución de los "pupilos de la nación", cuyo número se incrementó a consecuencia de las sucesivas guerras (22).

A pesar de esta favorable acogida inicial no se encuentra ningún texto que reglamente la adopción (23) hasta el primer proyecto de CAMBACÈRES, que le dedicaba un título, extensión reducido en el segundo proyecto a seis artículos incluidos en el título *De la paternité et de la filiation*, lo que se explica por la resistencia de los legisladores franceses encargados de la codificación, quienes no la veían con buenos ojos (24). Parece ya destinada a sufrir un nuevo olvido cuando lo evita el Primer Cónsul sosteniendo enérgicamente que "la adopción debe ser una imitación perfecta de la naturaleza; debe hacer salir completamente al adoptado de su familia originaria para vincularlo exclusiva e irrevocablemente a la de su padre adoptivo. En suma, la adopción debe ser, en cierto modo, un sacramento conferido por las más elevadas autoridades" (25). Se ha explicado esta defensa a ultranza y la predicada plenitud de efectos porque, al parecer, Napoleón pretendía utilizar la adopción para sus fines personales; en ausencia de herederos, tenía la intención de adoptar al hijo de su mujer Josefina, Eugenio de Beauharnais.

(21) Cfr. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, París, 1911, t. I, página 494.

(22) En 1805 Napoleón adoptó a los hijos de los militares muertos en Austerlitz; en 1830 y 1848 Francia adoptó a los hijos de los ciudadanos muertos combatiendo por la libertad. Después de la guerra de 1870, por Ley de 26 de marzo de 1871, la adopción alcanzó a los huérfanos de guerra. Esta Ley anuncia ya la de 27 de julio de 1919 sobre los «pupilos de la nación».

(23) Sin embargo, las adopciones realizadas fueron confirmadas por la Ley de 25 de germinal del año XI, correspondiente al 13 de abril de 1803, «siempre que no fuesen acompañadas de alguna condición impuesta para adoptar o ser adoptado».

(24) FENET: *Recueil*, cit., 1836, t. X.

(25) «L'adoption doit être une imitation parfaite de la nature; elle doit faire sortir complètement l'adopté de sa famille naturelle pour le rattacher exclusivement et irrévocablement à celle de son père adoptif. Dès lors, l'adoption doit être, en quelque sorte, un sacrement conféré par les autorités les plus hautes» (Thibaudeau, «Mémoires», cit., pág. 420).

o al hijo de la Reina Hortensia. Pero como estos proyectos sucesorios político-dinásticos no llegaron a cristalizar y ante la cerrada oposición del Cuerpo legislativo, Napoleón no mantuvo su primitivo criterio, sino que cedió ante el de sus legistas en las sesiones del Consejo de Estado de 16 de *frimario* y 4 de *nivoso* del año X, y así pudo manifestar BERLIER en la Exposición de Motivos presentada al Cuerpo Legislativo el 21 de *ventoso* del año XI, que "los autores del proyecto no habían tomado en consideración las Leyes romanas, las cuales no podían convenir a nuestras costumbres, sino que habían encontrado el verdadero punto de partida en el Código prusiano" (26). Así vino a quedar regulada la adopción en el título VIII del Código civil, aprobado por Decreto de 23 de marzo de 1803, publicado el 2 de abril, bajo la rúbrica "De la adopción y de la tutela oficiosa", comprensivo de los artículos 343 a 370, regulación que sólo proporcionó una vida efímera a la institución, siendo preciso llegar a los tiempos actuales para que su práctica aumentase considerablemente, en virtud de las causas que luego analizaremos, principalmente de orden social.

El Proyecto español de 1851 la introdujo un poco de matute y a manera de concesión particular, porque un vocal de la Comisión, natural de Andalucía, manifestó que en su tierra se daban algunos casos de ella (27), regulándola parcamente en los artículos 133 a 141

(26) «Les auteurs du projet n'avaient pas pris en considération les lois romaines les-queles ne pouvaient convenir à nos mœurs, mais qu'ils avaient trouvé le vrai point de départ dans le Code prussien» (Loché, VI, pág. 598). El mismo BERLIER había presentado un anterior proyecto de Ley sobre la adopción en la sesión del Consejo de Estado de 6 *frimario* del año X (Loché, VI, pág. 393). El Código prusiano que sirvió de modelo fue el de 1794, del que se recogió la tutela oficiosa, institución que debería servir para preparar o facilitar la adopción, a modo de ensayo de ésta. La regulación definitiva desvirtuaba así el inicial propósito napoleónico, del cual son muestras las siguientes palabras dichas por el que luego sería Emperador: «La loi ne devrait pas permettre l'adoption d'un enfant au-dessus de dix ans, afin que les sentiments de père et de fils puissent s'établir entre l'adoptant et l'adopté... L'adoption par la femme seule est inconveniente; l'adoption par le mari seul l'est également. Il n'y a donc de raisonnable que l'adoption en commun».

(27) «Es un hecho constante y notorio que la adopción no está en nuestras costumbres. Hubo, por tanto, en la Sección una casi unanimidad para pasarla en silencio; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad de que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos» (GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Ma-

constitutivos del título V del libro 1.º, con la particularidad de “hacerse presentándose ante el Alcalde el adoptante, el adoptado y las personas que, conforme al artículo anterior, deben prestar su consentimiento (esto es, las que deben dar consentimiento a los menores para contraer matrimonio y el curador del demente), y se consignará en escritura pública”. El criterio restrictivo y receloso con que se contemplaba la adopción parecen inspirar las siguientes palabras de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888: “Se autorizará también la adopción por escritura pública, y con autorización judicial, fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia” (base 5.ª). La institución pasó sin pena ni gloria en las discusiones parlamentarias (28), pareciendo ajustada en general su regulación, contenida en los artículos 173 al 180, a los primeros comentaristas del Código, quienes la contemplaron como institución pública y benéfica, de carácter filantrópico y paternalista (29). Más con la preocupación por la eficacia práctica

drid, 1852, pág. 148). La profecía no se ha cumplido. Semejante criterio era estimado por algunos autores de la época como demasiado benévolo y postulaban una mayor restricción, que luego pasó al Código civil. Así RAMÓN O. DE ZÁRATE, en sus observaciones al Proyecto del Código civil (Revista de los Tribunales y de la Administración, Burgos, 1852, pág. 44) dice: «Deseamos que se prohíba la adopción, no sólo a los eclesiásticos y a los que tengan descendientes legítimos, como dice el artículo 134, sino también a los que tengan hijos ilegítimos. Es una prueba de depravación el arrojar de casa a sus propios hijos para traer otros extraños que ocupen el lugar que a los primeros había señalado la naturaleza». Parece que por hijos ilegítimos se refiere a los que lo sean naturales. Para las vicisitudes—que no fueron muchas—de la adopción en nuestra codificación civil puede verse: J. ROBLES FONSECA: *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en los números 170 y 171 de esta REVISTA, julio y agosto 1942, páginas 464-477 y 542-558.

(28) Cfr. «El Código civil. Discusión parlamentaria en la legislatura de 1888 a 1889. Colección de discursos pronunciados en el Senado y Congreso de Diputados, por la redacción de la Revista de los Tribunales», Madrid, 1889; «Proyecto de Código civil. Enmienda presentada al Senado por Augusto Comas», Madrid, 1885. El Proyecto de 1882, al que corresponde esta enmienda de Comas, con el que coincide el Antiproyecto de 30 de abril de 1888, destinaba a la adopción los artículos 139 a 146, integrantes del capítulo V, del título IV [Vld. M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: «El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888», A. D. C., oct.-dic. 1960, XIII-4, págs. 1.171-1.193 y «El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)», Centenario de la Ley del Notariado, Sección IV, vol. I. Madrid, 1965, págs. 85-86].

(29) «La adopción, para vivir entre nuestras instituciones, tenía que revestir un carácter esencialmente benéfico y humanitario. Sólo al que carece de hijos, y no espera ya obtenerlos, debía, por consiguiente, serle permitido adoptar». «La adopción además, como institución pública y benéfica, debía estar bajo el

de la institución, al socaire de su difusión, los juristas actuales tachan a la regulación del Código de anacrónica, en cuanto no corresponde a las nuevas necesidades (30), preparando así el camino para la reforma de 1958 (31) que, a su vez, desembocará en la actual. Cambio de criterio con el que finaliza la evolución histórica de la institución y que se corresponde con la elaboración doctrinal respecto a la naturaleza jurídica de la institución.

c) *Naturaleza jurídica: teorías.*

En la evolución doctrinal de la institución pueden señalarse las siguientes principales tendencias, coincidentes con determinados periodos de su evolución histórica, siquiera su planteamiento con mayor rigor científico haya sido relativamente reciente: 1.º La adopción como contrato; 2.º La adopción como acto jurídico distinto del contrato; 3.º La adopción como acto-procedimiento o acto complejo, 4.º La adopción como institución; y 5.º La adopción como negocio jurídico familiar.

amparo y protección del Estado». (M. FALCÓN: *Código civil español*, t. I, Madrid, 1888, págs. 199-200). En análogo sentido: J. M. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código civil español*, t. II, 4.ª edic., Madrid, 1914, págs. 75-78 y Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*, t. III, 3.ª edic., Madrid, 1893, págs. 375-382. F. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 2.º, 2.ª edic., Madrid, 1898, pág. 1.065 dice: «Suprimido el exceso de la ficción legal, que la adopción en su sentido histórico representa, considerada como una mera institución de *patronato*, con un sentido genérico de *protección y asistencia humanas*, mediante las cuales... se realizan con ventaja indudable los fines de la pública caridad... sin esa exagerada equivalencia de la *paternidad* y de la *filialidad*, y, menos, reputada como uno de los medios normales de *constituir una familia*, siquiera se califique de *civil*... parece indudable que la institución, lejos de ser exótica, fuera de época y digna de reproche, podría y debería figurar en el concierto de las civiles de una legislación culta».

(30) Por todos, recordamos la crítica del Profesor CASTÁN TOBEÑAS: *El Código civil... reglamenta la adopción... sin lograr darle una orientación práctica y un matiz moderno. Siguiendo el criterio de los Códigos del grupo latino, somete el nuestro la adopción a condiciones muy rigurosas, y, por otra parte, regula sus efectos de modo tal que la adopción se nos muestra como institución establecida en beneficio del adoptante más que del hijo adoptivo. En suma, resulla una institución de finalidad muy borrosa...* («Derecho civil español, común y foral», t. IV, 6.ª edic., Madrid, 1944, pág. 65 y «Derecho civil»—Registros—tomo III, 3.ª edic. Madrid, 1942, págs. 219-220). También puede consultarse, para una visión de conjunto, el discurso de recepción como Académico de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, de F. DE A. CONDOMINES VALLS: *La adopción. El Código civil y proyectos de reforma*, Barcelona, 1957, y la contestación de R. FAUS ESTEVE.

(31) Vid. bibliografía indicada en la nota (1).

a') *La adopción como contrato.*

La concepción contractual de la adopción es la que predomina entre los autores de fines del siglo pasado y comienzos del actual y a la que responden también los Códigos decimonónicos, siquiera muchos no la definen expresamente. La exposición de esta tesis puede resumirse en las siguientes palabras de MUCIUS SCAEVOLA: "¿Qué es la adopción? Basta leer el artículo 178 del Código, donde se habla del consentimiento del adoptado o del de las personas que suplen su incapacidad legal, para convencerse de que es un contrato. En efecto: hallamos la causa, la voluntad manifiesta, en el consentimiento, y lo que pudiéramos llamar contenido, o sea, las reciprocas obligaciones y derechos de adoptante y adoptado. Concurren, pues, los tres requisitos esenciales de todo contrato, según el artículo 1.261 del nuevo Código. Consentimiento, objeto cierto y causa, o sea, el sentimiento de liberalidad del bienhechor, para usar de las mismas palabras que emplea el Código civil" (32). También la atribuye carácter contractual ROBLES FONSECA, quien cita la opinión del profesor CASTÁN TOBEÑAS afirmando que se le da por el Código un puro carácter contractual opuesto al de institución de Derecho de familia que ha tenido siempre, y se altera el tradicional principio español prohibitivo de los pactos sucesorios. Pero estas palabras del que fue inolvidable Presidente del Tribunal Supremo, fueron dichas un tanto de pasada y resultan, desde luego, con escaso valor si se las compara con la opinión centrada sobre el tema del mismo autor vertida en su Tratado de Derecho civil, donde emplea el término contrato en un sentido muy lato, como sinónimo de convención jurídica o negocio jurídico bilateral (33). Dentro del marco contractual puede comprenderse la caracterización de la adopción como un contrato sucesorio, conforme a su remoto origen histórico, siendo de notar que no ha faltado alguna legislación de

(32) Q. MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil concordado y comentado*. . cit., página 385.

(33) Cfr. J. ROBLES FONSECA: *¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?*, en los núms. 170 y 171 de esta REVISTA, julio y agosto 1942, págs. 464-477 y 542-558, especialmente págs. 476 y 542-3. J. CASTÁN TOBEÑAS: *La sucesión 'ab intestato' del hijo adoptivo*, R. G. L. J., 1961, págs. 39 y sigs.; «Derecho civil», Notarías, cit., pág. 59, donde la define como «acto jurídico» y en el tomo V. 7.ª edic. 1958, pág. 215.

origen latino que, como la rumana, considerase tradicionalmente la adopción como una simple institución de heredero por vía contractual, fórmula aplicada también por ciertos juristas de la provincia canadiense de Quêbec (34).

Apoyándose en tales razonamientos o en otros semejantes, como el de que la adopción se perfecciona mediante el consentimiento reflejado en la escritura pública, se encuentran definiciones, más o menos descriptivas, pero que insisten todas ellas en la esencia contractual. "Contrato irrevocable, revestido de formas solemnes, por el que, mediante la aprobación judicial, toma una persona adornada de las condiciones necesarias bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere el de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y heredar por testamento sin perjuicio de los herederos forzosos, si los hubiere", dice MUCRUS SCAEVOLA (35). "La adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima", manifiesta PLANIOL (36). "La adopción es un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación", expresa JOSSE RAND (37). "La adopción es un contrato sinallagmático y solemne, que crea entre dos personas vínculos ficticios de filiación", patentiza M. VISMARD (38). PUIG PEÑA, no obstante definirla como institución, afirma que su

(34) El mismo Profesor CASTÁN cita la opinión de SOHM, según la cual «la adopción para caso de muerte, como forma primitiva y precedente de la institución de heredero, se presenta en el antiguo Derecho griego y germánico—*affatoma*, *adoptio in hereditatem*—y en el primitivo babilónico». En idéntico sentido, manifiesta E. GARCÍA HERREROS que «la adopción es la primera forma de disposición de los bienes por causa de muerte» (La sucesión contractual, Madrid, 1902, página 105). En el sentido indicado en el texto, el Código civil rumano de 1864 Y para la legislación canadiense: M. PELAND: *Le Droit civil français: livre souvenir des journées de Droit civil de Montréal en 1934*, pág. 176.

(35) Loc. cit., nota (32).

(36) «L'adoption est un contrat solennel, soumis à l'approbation de la justice, qui crée entre deux personnes des relations analogues à celles qui résulteraient de la filiation légitime» (Traité élém. dr. civ., 9.^a edic. t. I, París, 1922, página 490).

(37) L. JOSSE RAND: *Derecho civil revisado y completado por André Brun*, t. I, vol. 2.º, La Familia, trad. esp. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950, título III, parágrafo 1.297. El mismo autor afirma que «la familia adoptiva tiene una base puramente contractual, es creación completa del contrato de adopción».

(38) *Traité théorique et pratique de l'adoption et de légitimation adoptive*, «Recueil Sirey», París, 1951, pág. 1.

base es contractual (39). El Código alemán también la considera como contrato, ya que manifiesta en su parágrafo 1.741: "Quien no tiene ningún descendiente legítimo puede por contrato con otra persona, adoptar a ésta. El contrato necesita la confirmación por el Tribunal competente"; y el 1.768 admite la revocación contractual. Pero se advierte que la idea contractual no es la única dominante, pues se requiere la confirmación judicial, y los autores cuyas definiciones hemos expuesto se cuidan de incluir en las mismas las peculiares notas de ese supuesto contrato.

Para refutar la tesis contractual existen, a mi juicio, argumentos más que suficientes. En primer lugar, la existencia de los elementos del contrato—consentimiento, objeto y causa—nada prueba. Hay muchos actos jurídicos que no son contratos y reúnen, sin embargo, los requisitos que señala nuestro artículo 1.261, el cual precisa los esenciales de todo contrato, pero no afirma que sea tal todo acto o negocio jurídico que los reúna. En segundo lugar, la noción de contrato aplicada a la adopción choca con el carácter esencialmente irrevocable de ésta, ya que no se trata de que las partes en uso del libre juego de sus voluntades hayan excluido la revocación, sino que la irrevocabilidad es en nuestro Derecho un carácter *ad nutum* de la institución, más aún que la gratuidad en el mandato. Además, se impone la intervención judicial en la fase en que se forma ya la adopción merced a la expresión, ante el juez, del consentimiento; éste no es un receptor pasivo, sino que interviene controlando la adopción—en el fondo y en la forma—y, en su caso, supliendo el consentimiento de ciertas personas llamadas a darlo (artículo 173, párrafo penúltimo de la Ley que era el final del proyecto), de tal modo que al otorgamiento de la escritura no es preciso que concurren quienes no lo hicieron a la presencia judicial. Si la adopción origina un cambio en el estado civil y éste es indisponible por los particulares, siendo así que la materia contractual ha de ser disponible, no se ve cómo pueda convenirle la calificación de contrato. También es digna de consideración la imposibilidad, según la mayoría de las legislaciones y la doctrina, de sujetar a término o condición la adopción (40). Por otra parte, el contenido, los de-

(39) *Las situaciones finales en la adopción*, «R. D. P.», núm. 381, diciembre 1948, págs. 1.045 y sigs.

(40) En este sentido los artículos 1.575 del Código civil griego, 246 del vene-

rechos y obligaciones, están sustraídos al libre juego de la voluntad contra lo que ocurre en los verdaderos contratos (41). CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE lamenta el que pueda atribuirse a la adopción la calificación de contrato, lo que significaría empequeñecer y desvirtuar la institución, sin resolver problema alguno, antes bien, nos llevaría a conseguir unos efectos que ni pueden ni deben ser admitidos. Y apunta juiciosamente que la calificación contractual debe ser descartada en nuestro Derecho, porque la nueva regulación—se refiere a la de 1958—no utiliza nunca la palabra contrato, sino que, al tratar de la forma, habla sólo de expediente y de escritura (42). Estas consideraciones son válidas para la reciente Ley, que la considera como un acto, a la vez, consensual y formal, sin que el consentimiento básico del adoptante y del adoptado mayor de catorce años tenga virtualidad suficiente, dado que no puede ser suplido por el juez, para dotarla de sustancia contractual, ya que, además del mismo, se precisan otros requisitos que no quedan cubiertos por ese consentimiento; es decir, no es bastante que las partes *quieran* la adopción, sino que *puedan* legítimamente quererla, siendo precisamente el juez quien decide esa posibilidad mediante su control en cuanto al fondo y la forma. Nótese que en toda adopción se exigen unos requisitos—v. gr.: justos motivos de la misma y que entrañe ventajas para el adoptando—que no por estar implícitos en nuestra legislación eran los menos importantes y han sido recogidos en los dos últimos párrafos del artículo 173. Otra solución conduciría, además, a atribuir naturaleza jurídica distinta a la adopción de mayores de catorce años no incapacitados, por un lado, y a la de menores o incapacitados para dar su consentimiento, de otro, en contra de la unidad que creo debe presidir la determinación de la naturaleza jurídica.

zolano de 1942, 375 del brasileño de 1916, 1742 del del B. G. B. y 10 de la Ley salvadoreña de 3 de noviembre de 1955. Por su parte, la jurisprudencia brasileña ha declarado la nulidad total de la adopción condicional (Decisión de la Sala 2ª del Tribunal Supremo federal de 22 de agosto de 1947 en recurso extraordinario núm. 11.698).

(41) Exposición y crítica de la teoría contractual se contiene en el artículo de A. DE LA VALLINA DÍAZ: *Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción*, «R. D. P.», junio 1969, págs 439-441.

(42) *La adopción y figuras similares ante la nueva regulación*, en los números 368-369 de esta REVISTA, enero-febrero, pág. 47.

b') *La adopción como acto jurídico.*

Se desdobra en dos direcciones según que se estime predomina su carácter de acto de Derecho privado, o que, debido a la intervención más o menos destacada de un funcionario judicial o administrativo (43), se le atribuya la naturaleza de acto de Derecho público. con aplicación, en su caso, de las construcciones vertidas para explicar la índole de la jurisdicción voluntaria.

La consideración de la adopción como acto jurídico privado distinto del contrato tiene, por su misma amplitud, algunos antiguos precedentes (44), aunque los mismos no ofrezcan gran valor dado que la noción técnica del acto jurídico no alcanza su perfecta elaboración hasta el pandectismo (45). Por ello, limitándonos a los juristas modernos, encontramos cómo para VALVERDE es un "acto jurídico que crea entre dos personas una relación análoga a la que resulta de la paternidad y filiación legítimas", definición en la que parece inspirarse el profesor CASTÁN TOBEÑAS cuando dice que "es la adopción un acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas" (46). En análogo sentido dirá DUSI que es un "acto jurídico solémne", en virtud del cual la voluntad de los particulares con el permiso de la Ley y la autorización judicial, crea, entre dos personas, una y otra, naturalmente extrañas, relaciones análogas a

(43) Recuérdese que el artículo 139 del Proyecto de 1851 exigía la comparecencia ante el alcalde. En la actualidad, establecen la competencia de órganos administrativos las legislaciones danesa, noruega, irlandesa, húngara, islandesa, rumana y yugoslava entre otras.

(44) ESCRICHE la define como «un acto solemne revestido de la sanción de la autoridad real o judicial, que establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles» (Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, 2.^a edic., Madrid, 1838, t. I, pág. 144). El «febrero» arreglado por GARCÍA GOYENA (t. I, Madrid, 1841), dice literalmente: «el acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente (Ley I, tit. 16, Part. 4)». Parece, pues, que ésta podría ser llamada la tesis tradicional española. También BERLIER en la Exposición de Motivos al Cuerpo Legislativo francés la califica de acto (Loché, Lég. civ., VI, pág. 601).

(45) *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Valladolid-Madrid, 1913, pág. 477 y añade que su naturaleza no es contractual: «El legislador español... la regula... como un acto más bien que como un contrato irrevocable, como la califica ROGRÓN, al exigir más intervención en el que la privada de las partes».

(46) Cfr. *Derecho civil español*, cit. (Registros), Madrid, 1942, t. III, página 219; 7.^a edic., t. V, vol. 2.º, págs. 190-191,

las de filiación legítima (47) y BAUDRY-LACANTINERIE manifiesta que "se puede definir la adopción: un acto solemne que, sin hacer salir al adoptado de su familia por naturaleza, crea entre él y el adoptante una relación análoga a la que resulta de la paternidad y de la filiación" (48). Entre los Códigos que la definen como acto se encuentran el boliviano de 1831 (art. 179), y el guatemalteco de 1877 (artículo 267), así como el Decreto núm. 375, de 5 de mayo de 1947 de este último país (49).

El principal motivo de crítica a esta proposición consiste en su generalidad y excesiva amplitud, que inclina a rechazarla siempre que sea posible, como hemos de ver, formular otra más concreta. Y parece dar la falsa impresión de que estamos ante un fenómeno unitario desde el punto de vista estructural, siendo así que, conforme a nuestra legislación, se pueden distinguir al menos tres fases bien diferenciadas, judicial, notarial y registral.

Tampoco resulta satisfactoria la vertiente publicista de esta dirección doctrinal, que resulta fácil de admitir para quienes atribuyen al Derecho de familia una naturaleza afín a la del Derecho público. Y ello aunque pudiera intentar explicarse como un caso de jurisdicción voluntaria compartida, lo que allanaría el camino para conjugar la doble intervención de funcionarios judiciales y del notario, colocados ambos en un mismo rango en cuanto la naturaleza de su intervención en este caso es la misma (50). Pero es que no puede olvidarse el preponderante papel de la voluntad y la rea-

(47) Della filiazione e dell'adozione, 1924.

(48) «On peu définir l'adoption: un acte solennel qui, sans faire sortir l'adopté de sa famille naturelle, crée entre lui et l'adoptant un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation», (mientras que COLIN Y CAPITANT se aproximan a la postura contractual antes criticada cuando expresan que se trata de un «acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación» (Curso elemental de Derecho civil, trad. esp. de la Rev. Gral. y Jur., con notas DE BUEN, Madrid, 1922, t. I, pág. 611).

(49) «Adopción o prohijamiento—dice el Código guatemalteco—es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante» y el Decreto la considera como «el acto jurídico de asistencia social por el que se toma como propio hijo al que no lo es verdaderamente».

(50) Vid. A. DE LA VALLINA: *Naturaleza jurídica*, cit., «R. D. P.», junio, 1969, págs. 443-444. Sobre la jurisdicción voluntaria, R. GIMENO GAMARRA: *Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria*, «A. D. C.», 1953, VI-1, páginas 3-80; FONT BOIX, V.: *La función notarial y la jurisdicción voluntaria*, «R. D. N.», 1960, t. 29-30, págs. 225-233 y «A. A. M. N.», tomo XV, 1967, páginas 211-295.

lidad familiar en la que la adopción queda enmarcada. Una caracterización que prescindiera de ambas—voluntad y familia—o no las coloque en primer plano, difícilmente podrá convencernos de que es la adecuada.

c') *La adopción como acto complejo.*

Muy próxima a la suposición anterior es la tendencia de quienes estiman que estamos ante un acto complejo o de formación sucesiva, llegando algunos a aplicar a la adopción la noción de acto-procedimiento, de origen doctrinal principalmente administrativo. Y, en efecto, desde el punto de vista de la regulación legal no parece falta de lógica esta posición, dado que en nuestro sistema legal aparecen una sucesiva concatenación de actos (consentimiento manifestado en la solicitud inicial, en la posterior ratificación a presencia judicial y en el otorgamiento de la escritura; intervención del Ministerio fiscal; intervenciones del Tribunal tutelar de menores o de la Administración del establecimiento benéfico, en su caso; resolución judicial; función notarial y constatación registral) preordenados a la producción de un efecto único, efecto final jurídico, de modo que considerados aisladamente carecen de la necesaria virtualidad para provocar la modificación jurídica siendo precisa la realización de tales actos conexos y sucesivos para que entonces, por el conjunto de ellos y sin que pueda decirse que uno es más importante que otro, tenga lugar el efecto jurídico apetecido (51). Pero una cosa es la esencia de la adopción en sí y otra la del acto o actos por medio de los cuales se realiza. La explicación de su naturaleza jurídica debe tener en cuenta ambos aspectos, de suerte que no haciéndolo así se tratará de una caracterización parcial y, en cuanto tal, insatisfactoria, con independencia de que esa perspectiva parcial corresponda a la realidad. Esta es la deficiencia de esta teoría, que no es incompleta por contemplar sólo el aspecto externo, medial o instrumental. Además, desde el punto de vista privatístico no resuelve la cuestión de a qué parte del Derecho debe

(51) Vid. U. FRAGOLA: *Gli atti amministrativi*, «U. T. E. E.», 1952, págs. 60 y sigs.; A. SANDULLI: *L'attività di diritto privato delle pubblica amministrazione*, en las págs. 293 y sigs. de su «Manuale di Diritto amministrativo», 3.ª edición, edit. E. Jovene, Napoli, 1955; A. DE LA VALLINA: *Nat. jca.*, cit. nota precedente, págs. 442-443.

adscribirse, ni la de cómo y hasta qué punto juega la voluntad de las partes el control estatal.

d') *La adopción como institución.*

Bajo este epígrafe comprendemos las opiniones de quienes resaltan el matiz sociológico de la adopción, sin que con ello se quiera dar a entender que sea posible subsumir la adopción en los moldes tradicionales de la teoría de la institución tal como ha sido formulada por M. HAURIOU, SANTI ROMANO, G. RENARD o J. T. DELOS (52), pretensión a la que no parecen aspirar los autores que en sus defi-

(52) Con el término *institución* (del latín «in-statuer», establecer sobre, derivado a su vez del griego «istēm», lo inmóvil, lo fundamental) se quiere indicar toda organización establecida con cierta permanencia en un medio social. Prescindiendo de antecedentes más remotos, el término designa la teoría formulada por M. HAURIOU: (*La science sociale traditionnelle*, París, 1896; *Précis de Droit administratif*, 1907; *Précis de Droit public*, edics. 1916 y 1919; *Précis élémentaire de Droit constitutionnel*, edics. 1925 y 1929; *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. esp. de C. RUIZ DEL CASTILLO, Madrid, 1927 y, sobre todo, su *Théorie de l'institution et de la fondation*, inserta en el fascículo 4.º de los «Cahiers de la Nouvelle Journée», 1925), quien fue seguido por los dominicos GEORGES RENARD: (*La théorie de l'institution*, París, 1930; *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, París, 1933, y *La philosophie de l'institution*, Sirey, París, 1939) y JOSEPH T. DELOS: (*La théorie de l'institution*, en «Archives de Philosophie du Droit et de sociologie juridique», núms. 1-2, 1931, páginas 97 y sigs.), a los que habría de sumarse SANTI ROMANO: (*L'ordenamento giuridico*, 1918, del que hay traducción española con el mismo título en 1963; *Corso di Diritto amministrativo*, 1930; *Corso di Diritto costituzionale*, 1932, y *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953—hay edic. anterior de 1937—), para caracterizar, fuera del positivismo, todo organismo dotado de fines vitales y medios de acción superiores en potencia y duración a los de los individuos que lo componen.

Aunque se trata de una teoría elaborada de cara al Derecho público, puede ser útil en Derecho privado para explicar determinadas organizaciones familiares y entes sociales, siempre que se la mantenga dentro de unos límites racionales y teniendo en cuenta, como advierte el profesor DE CASTRO Y BRAVO que su esencia no es cuantitativa ni equivale a la relación jurídica en sentido abstracto, sino cualitativa, pues bajo ese nombre deben comprenderse sólo las formas básicas y típicas de la total organización jurídica («Derecho civil de España», I, Madrid, 1955, págs. 628-629), cuyos elementos son: 1. La idea de obra; 2. Poder organizado al servicio de esa idea; 3. Manifestaciones de comunión entre los miembros del grupo; 4. Potencia de continuidad y desarrollo; 5. Vida jurídica autárquica, singularmente merced a las normas que se da a sí misma y rigen las conductas de sus miembros con independencia de la Ley positiva, promulgada por el Estado; y 6. Estructura jerárquica y vinculante, sin la cual no puede concebirse, por lo general, orden jurídico alguno. Es evidente que la adopción no reúne todos ni siquiera la mayor parte de estos caracteres (J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS: *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944; S. LISSARRAGUE: *El concepto de institución en el Derecho público de Hauriou. Su alcance filosófico-social*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núms. 6 y 7, julio-diciembre, 1941, págs. 197-219).

niciones dan entrada al término "institución" o se refieren a esta noción más o menos de pasada. Así, F. PUIG PEÑA dice que la adopción es aquella "institución por cuya virtud se establece entre dos personas extrañas relaciones de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima, para dar satisfacción a los más nobles y generosos impulsos de la voluntad humana" (53), L. RODRÍGUEZ-ARIAS que es un "acto jurídico plurilateral, cuya adaptación al orden jurídico es sancionada por la autoridad pública, y del que dimanen la creación, modificación o extinción de una relación jurídica institucional, dando nacimiento a derechos y deberes estatutarios" (54), J. ARIAS afirma que se configura como una institución social (55) y B. CAMY también tiene en cuenta el aspecto institucional (56), que ha hallado ecos legislativos y jurisprudenciales (57).

Esta teoría tiene en su haber que corresponde a la evolución sociológica experimentada por la adopción en los últimos tiempos y, en este sentido, destaca su importancia derivada del favor que

(53) *Las situaciones finales*, cit., R. D. P., diciembre 1948; pág. 1.045, y en su Tratado de Derecho civil (t. II, vol. 2.º, pág. 126), la define como institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima.

(54) *La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho*, R. G. L. J., julio-agosto 1950, págs. 89-90.

(55) *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1952, pág. 342.

(56) Pues si bien la define «como el acto jurídico irrevocable, que, realizado en forma solemne, hace surgir entre dos personas, generalmente extrañas, los dos vínculos y relaciones de la filiación, en una mayor o menor amplitud, según su clase», añade que puede «servir igualmente la anterior definición para el caso de que lo que pretendiésemos definir fuese la institución y no el acto en que ella consiste» (*La adopción y figuras similares*, cit., en esta REVISTA, enero-febrero 1959, págs. 47-48).

(57) Así sucedió en Francia, donde, a partir de la reforma operada por la Ley de 19 de junio de 1923, la doctrina empezó a abandonar el molde contractual, teniendo en cuenta la discrecionalidad judicial para apreciar la concurrencia de los «justos motivos» necesarios a fin de autorizarla. Esta evolución fue acentuada por el Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, que cree la legitimación adoptiva, caracterizada por la sentencia de la «Cour de cassation» de 7 de mayo de 1957, contraponiéndola a la adopción ordinaria, como una «institución judicial».

No hay que ver aquí un refinamiento del análisis peculiar de los juristas europeos, pues es precisamente a la luz de estas nuevas concepciones como los legisladores hispano-americanos han transformado el antiguo régimen de la adopción (Vld. especialmente las discusiones de la Comisión de codificación de Venezuela, en el «Boletín de la Comisión codificadora nacional de Caracas», 1937, número 9, y, singularmente, el estudio de A. URBANEJA ARCHEPOHL sobre la naturaleza jurídica de la adopción, *ibidem*, págs. 30-31).

su práctica goza hoy día. Ahora bien, desde su consideración jurídico-privada peca por exceso, ya que la adopción tiene su marco natural en la institución familiar a la que pertenece y dentro de la que debe ser encuadrada. En rigor, la teoría de la institución no es técnicamente aplicable al Derecho privado, cuyo sistema y método difiere del Derecho público, según los principios de personalidad y comunidad que respectivamente los inspiran (58). Los autores que acuden a la institución para tipificar la adopción no aluden con ello a un específico modo de ser, sino que emplean el término en un sentido vago, general e indeterminado que, por otra parte, tampoco es el único, pues los más recurren simultáneamente a calificarla de "acto". Por último, y esta objeción no es la menos importante, ya se ha visto cómo no convergen en la adopción los presupuestos y notas indispensables para considerarla como verdadera institución.

e') *La adopción como negocio jurídico-familiar.*

Es la posición a la que parece inclinarse nuestra doctrina más reciente. Así, M. LÓPEZ ALARCÓN (59), SANCHEZ REBULLIDA, quien la define como "el negocio jurídico de Derecho de familia en cuya virtud se establece, entre adoptante y adoptado, una relación jurídica en cierta medida semejante a la paternofillal" (60), A. DE LA VALLINA, que la califica de negocio jurídico familiar, bilateral y eminentemente formal (61) e incluso el profesor CASTÁN TOBEÑAS, después de haberla definido como *acto*, participa de esta opinión (62).

(58) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO: *Compendio de Derecho civil*, 2.ª edición, Madrid, 1964, pág. 25. Según este querido y admirado maestro, la teoría de la institución no ha conseguido, desgraciadamente, en el Derecho privado la debida precisión para ser útil (*Derecho civil...*, cit., I, pág. 628).

(59) *La adopción y el Registro civil*, Pretor, enero-febrero 1956, pág. 8, compartiendo la opinión de RUGGIERO.

(60) En el capítulo XX del *Derecho de familia*, en colaboración con el Profesor LACRUZ BERDEJO (Barcelona, 1966, pág. 419), y en su artículo, luego recogido en dicho capítulo, *Notas sobre perfección y forma en la adopción*, en esta *Revista*, números 448-449, septiembre-octubre 1965, págs. 1.109-1.113.

(61) *Naturaleza jurídica...*, cit., R. D. P., junio 1969, págs. 444 y 453.

(62) *Derecho civil español...*, cit., t. V, vol. 2.º, Madrid, 1958; pág. 215: «Puede afirmarse—dice—que la adopción es un contrato (en el sentido de convención jurídica o negocio jurídico bilateral), ya que requiere, no sólo el consentimiento del adoptante, sino también el del adoptado, si es mayor de edad, o el de las personas que debieran darlo para su casamiento, si es menor o incapaz».

Efectivamente, si se acepta la categoría de los negocios jurídicos familiares, cabe encuadrar en la misma a la adopción y definirla, de acuerdo con el régimen legal vigente, como un negocio jurídico familiar y de formación sucesiva, bilateral, solemne e irrevocable, por el que mediante la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública, una persona (adoptado) adquiere respecto de otra o de ambos cónyuges (adoptantes) el parentesco legal del que derivan relaciones recíprocas análogas a las de filiación y paternidad legítimas que modifican su estado civil, incluido, en su caso, el ejercicio de la correspondiente patria potestad.

No creo que exista inconveniente en atribuir a la adopción el carácter de negocio jurídico familiar y, al propio tiempo, afirmar su formación sucesiva, por cuanto no se trata de términos incompatibles, que se excluyan mutuamente, sino perfectamente compatibles al fijarse preponderantemente en distintos aspectos: la caracterización como negocio jurídico mira a la adopción en su integridad, en bloque, mientras que con la formación sucesiva se alude al proceso formativo integrado por una serie de actos, algunos de los cuales tienen idéntico valor; de tal modo que cuando se han dado una serie de actos formalmente constatados (consentimiento, autorización judicial, escritura pública, inscripción registral) entonces y sólo en ese momento surge la adopción como negocio jurídico familiar.

Su naturaleza familiar no ofrece dudas, una vez admitido su carácter de negocio jurídico, ya que mediante la adopción se establece un nuevo tipo de familia, de creación eminentemente legal, la adoptiva, cuyo ámbito personal y patrimonial es, precisamente por no fundarse en la naturaleza, más restringido que el de la familia legítima (63).

(63) Acerca de la familia adoptiva, ESPÍN CÁNOVAS: *Una nueva familia civil; la adoptiva*, Publicaciones de la Escuela Social y Junta Provincial de Beneficencia, Salamanca, 1963; L. CAMPAGNA: *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali dell'Università di Messina, número 77, A. Giuffré, Milano, 1966; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, cit., 1958, págs. 12-13.

¿Hasta qué punto cabe aplicar el término «negocio jurídico» en el Derecho de familia? Todo depende del criterio, más o menos amplio, que se tenga acerca del negocio jurídico. Si se limitase a un estricto sentido patrimonial en el que jugase ampliamente la autonomía de la voluntad, resultaría descartada, en principio, su aplicación a la adopción, que establece directamente una relación

En cuanto tal negocio jurídico del Derecho de familia participar de los caracteres que la doctrina les atribuye (64), algunos de los cuales, los más relevantes, se recogen en la definición descriptiva que he dado. Así, los caracteres de *solemne* e *irrevocable* (este último a pesar de su posible extinción a petición de parte interesada o del Ministerio fiscal en determinados casos, según el artículo 177 del Código civil que, como se verá, no encajan en el concepto técnico de revocabilidad) en consonancia con la trascendencia, seguridad y fijeza que requieren las relaciones familiares en general y de estado civil en particular (65).

Se trata, al propio tiempo, de un negocio jurídico *de formación sucesiva*, es decir, integrado por una serie de actos que se van produciendo escalonadamente según el orden previamente establecido por la Ley, de modo que no podría otorgarse primero la escritura pública (y menos aún, pretender previamente la constancia registral) a reserva de obtener luego la aprobación judicial. Y ello por las siguientes consideraciones, entre otras que pudieran apuntarse:

— El carácter imperativo o de orden público interno que, en general, tienen las normas correspondientes, las cuales establecen

personal y sólo indirectamente surte los correspondientes efectos patrimoniales. Pero si aceptamos el concepto que da el profesor DE CASTRO Y BRAVO como la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos» (*El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 34), nada impide calificar de tal a la adopción. Hay, por tanto, negocios jurídicos patrimoniales (contratos) y negocios jurídicos extra-patrimoniales, entre los cuales se encuentra la adopción. La línea divisoria vendría marcada por la circunstancia de producir o no directamente efectos jurídicos pecuniarios o, dicho vulgarmente que su contenido propio y directo sea o no crematístico. El que en la determinación de esos efectos juegue la voluntad de las partes (v. gr.: testamento con o sin disposición de bienes, en el que sólo se reconoce a un hijo natural), no debe impedir la diferenciación objetiva y *a priori*, de acuerdo con la regulación legal típica. En el mismo Derecho de obligaciones tenemos negocios jurídicos, como la asunción de deuda, e incluso la subrogación, que están teñidos de una coloración personalista (arts. 1.205, 1.211 del Código civil). De igual modo, los negocios jurídicos familiares pueden llevar consigo ingredientes patrimoniales (v. gr.: capitulaciones matrimoniales) que no desvirtúan, sin embargo, su esencia personal (en el ejemplo propuesto, las capitulaciones se pactan de acuerdo con las exigencias y cualidades de unos determinados esposos).

(64) Vid. L. Díez-PICAZO: *El negocio jurídico del Derecho de familia*. R. G. L. J., junio 1962, y separata, págs. 6 y 7 especialmente; A. DE LA VALLINA: *Naturaleza...*, cit., R. D. P., junio 1969, pág. 444, número 3.

(65) El profesor don Federico DE CASTRO incluye a la adopción entre los negocios jurídicos de carácter formal (*El negocio jurídico*, cit., pág. 279).

claramente la necesidad de obtener primero la *aprobación* del Juez competente con intervención del Ministerio fiscal (art. 173), otorgarse a continuación—esto es, una vez “aprobada la adopción por el Juez” (art. 175)—escritura pública y proceder seguidamente a su constancia en el Registro civil.

— Que es lógico que así sea, porque la apreciación de si concurren o no los requisitos necesarios es una función que, encuadrable dentro de los llamados actos de jurisdicción voluntaria, compete a órganos judiciales, con preceptiva intervención del Fiscal que, si no la exigieran los artículos 173 del Código civil y 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vendría de todos modos impuesta por otros preceptos legales, al engendrar la adopción un cambio de estado civil (arts. 5.º núm. 2 del Reglamento orgánico de su Estatuto, aprobado por Decreto de 27 de febrero de 1969 y 4.º, 92 y 97 de la Ley del Registro civil).

— Que los actos relativos al estado civil no pueden ser afectados por una condición, de modo general, como sucedería si se dejara sujeta la adopción a la ulterior aprobación judicial. La condición no conviene en líneas generales a las relaciones de estado civil. De mantener otra solución, se incurriría en la posibilidad de otorgar una escritura que de nada habría de servir si el juez denegaba la aprobación, mientras que en el actual sistema, el ámbito de calificación notarial es mucho más restringido, como se verá en el momento oportuno (v. gr.: el notario no puede negarse a autorizar so pretexto de que, a su juicio, la adopción no se inspira en justos motivos o no ofrece ventajas para el adoptado) (66).

(66) El profesor don José CASTÁN TOBEÑAS parece rechazar la posibilidad de una adopción condicional al decir: «No prohíbe el Código que el contrato de adopción se concluya por medio de representante, ni bajo condición o término». Parece que será válido el consentimiento manifestado por medio de apoderado con poder especial, pero es muy dudoso, en cambio, que pueda ser admitido el término y mucho menos la condición» (*Derecho civil*., edición 1958, t. V, volumen 2.º, cit., págs. 215-216). Abundo en tal apreciación. En todo caso, la condición o el término habrían de ser aprobados por el Juez y dudo mucho que, efectivamente, el Juez autorizase una adopción condicionada o sometida a término; seguramente resolvería que se reprodujese la petición una vez que el evento condicionante se hubiera o no realizado, según los casos, esto es, cuando hubiera desaparecido la incertidumbre.

En cuanto al problema concreto apuntado, parece claro que la escritura no puede tener por celebrada la adopción bajo posible resolución si no se obtiene la aprobación judicial, ni tampoco someterla a la condición suspensiva de obtenerse dicha aprobación, por cuanto la calificación del Notario sobre los requi-

Aunque la cuestión ha de ser examinada luego con mayor detenimiento, merece la pena preguntarse cuál es el respectivo valor de los actos que, unidos, integran la adopción. Fundamentalmente: La autorización judicial, la escritura pública y la constatación registral ¿tienen el mismo valor constitutivo? ¿Cabe, por el contrario, establecer alguna diferencia?

Del preámbulo del Proyecto parece desprenderse el idéntico rango y valor constitutivo de esos tres requisitos (67). No obstante, la cuestión no puede decidirse por las palabras de la exposición de motivos, no vinculantes. Una cosa es lo que en ella se dice y otra muy distinta puede ser la expresión legal, a la que hay que atenerse. Y el artículo 175 del Código civil sólo dice que "se inscribirá en el Registro civil correspondiente", sin hacer referencia, en inciso alguno, a su eficacia o validez (v. gr.: no dice: "... y, para su eficacia, se inscribirá..."). Ante la escueta dicción legal, ¿cabe atribuir valor constitutivo a la inscripción de la adopción en el Registro civil? Si, según la interpretación que la mejor doctrina da a la legislación relativa al estado civil (arts. 2.º y 62 de la Ley y 18, 19, 25 y 330 de su Reglamento) se requiere disposición expresa para que la inscripción tenga alcance constitutivo (68), la respuesta debe ser negativa: la inscripción de la adopción en el Registro civil no es constitutiva. Lo que puede encontrar confirmación en la falta de alusión expresa a la inscripción en el antes transcrito párrafo de la exposición de motivos, que sólo cita "el concurso de la voluntad, la autori-

sitos precisos para autorizar la escritura condicional invadiría la competencia reservada al Juez. Y si fuera necesaria la previa apreciación y declaración de la situación de abandono (art. 174, párrafos 5.º y 6.º), la imposibilidad de otorgar en primer lugar la escritura es aún más evidente.

(67) «No se han introducido modificaciones sustanciales en la consideración de la adopción como un acto, a la vez, consensual y formal, que requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo». Pero no hay que creer, contra lo que parece dar a entender este párrafo, que en la legislación derogada fuese cuestión pacífica la del valor de los requisitos, especialmente aprobación judicial y escritura, en torno a los cuales se discutía cuando se perfeccionaba la adopción. Con lo que, bien se estimase perfecta al aprobarla el Juez, bien al otorgarse la escritura, lo cierto es que nunca sería constitutiva la constancia en el Registro civil que, por otra parte, no se efectúa mediante un asiento de inscripción, sino a través de una inscripción al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento que, en el fondo, viene a ser una nota marginal (art. 46 de la L. R. C.).

(68) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1964, página 339.

zación judicial y el otorgamiento de escritura pública". Del conjunto de los preceptos legales no se desprende que en cualquier caso en que se modifique el estado civil—lo que sucede con la adopción—la modificación no surtirá efecto alguno mientras no se inscriba. Por último, la solución propugnada era la mantenida por la generalidad de la doctrina bajo la vigencia del anterior régimen legal del estado civil y no parece que haya fundamento serio para cambiar de criterio bajo la actual legislación (69).

La consideración de la adopción como negocio jurídico bilateral viene dada porque normalmente juega en ella el consentimiento de dos personas, que aparece como fundamental: el del adoptante y el del adoptado mayor de catorce años y capaz. Frente a ello, creo que no cabe aducir los casos en que el adoptando no presta su consentimiento (por ser menor de catorce años o incapaz) o aquellos otros en que adoptan los cónyuges, además de cuando intervienen otras personas u organismos si el adoptando es menor de veintiún años (art. 173, párr. 2.º), para calificar, respectivamente, el negocio jurídico de unilateral y plurilateral, porque precisamente en el primer caso la Ley llama a otras personas a dar el consentimiento por el adoptando menor o incapaz e incluso en la situación de abandono existe la voluntad del Director del Centro benéfico de dar al acogido en adopción (art. 174), lo que no impide que la voluntad del adoptando pueda ser eventualmente tomada en consideración para extinguir la adopción (art. 177, núm. 1), revelando así cómo el legislador concibe la relación como eminentemente personal y bilateral, entre adoptante y adoptando, cuyas respectivas voluntades son las únicas que el juez no puede suplir (art. 173, párrafo 4.º). La voluntad de esas personas que actúan por el adoptando menor o incapaz o la del juez que la suple, basta para que la adopción conserve su característica bilateral, aparte de que no se concibe persona alguna tan desamparada que carezca incluso de guardador de hecho al que también alude la Ley (art. 173, párrafo 3.º). Cuando concurren, además del adoptando mayor de catorce años, pero menor de veintiuno;

(69) Vid. M. LÓPEZ-ALARCÓN: *La adopción y el Registro civil*, «Pretor», enero-febrero 1956, números 41-42, págs. 5-43, especialmente págs. 16 y 17. En el Derecho alemán la adopción es eficaz sin necesidad de inscripción en el Registro del estado civil (G. BETZKE: *Die Eintragung der Adoption in Standesregister*, E. F., junio 1956, págs. 172-174).

otras personas a dar el consentimiento para la adopción (art. 173, párrafo 2.º), el negocio no se convierte en plurilateral; puesto que la voluntad de estas personas puede ser suplida por el juez (art. 173, párrafo 4.º) carece de la trascendencia precisa para calificar el negocio de plurilateral. Su única trascendencia es cuando se oponen y entonces, como no puede efectuarse la adopción, está de más hablar de si ésta es bilateral o plurilateral. Tampoco la adopción realizada por ambos cónyuges hace perder a ésta su carácter bilateral, pues viene a ser como si se realizaran dos adopciones que, por razón de su simultaneidad e íntima relación de convivencia entre adoptantes y adoptados, se funden externamente en una sola, al actuar los dos adoptantes en el mismo sentido, para conseguir idénticos fines y respecto a la misma persona (70).

En el resto del concepto que he dado se destaca, en primer lugar, al adoptado, en interés del cual se concibe la institución. Si ya respecto a la reforma de 1958 se había podido afirmar que la *ratio legis* es la protección al adoptado, que ha de tenerse presente en la interpretación del texto legal (71), lo mismo y con mayor motivo ha de seguirse manteniendo en la actualidad, tras una reforma que, sin entrañar novedad considerable respecto a la precedente, persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Ese robustecimiento se traduce en la equiparación general de los hijos adoptivos a los legítimos—y no a los naturales reconocidos: compárense antiguos artículos 174 y 179 con los actuales artículos 176, párrafo 1.º y 179—conforme a una tendencia muy difundida actualmente que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción. Esta equiparación se traduce en una modificación del estado civil, como se verá con detalle al estudiar los efectos de la adopción, y lleva consigo, si el adoptado es menor de edad que

(70) Consideran la adopción como negocio jurídico bilateral, entre otros, F. SANCHO REBULLIDA y J. L. LACRUZ BERDEJO, en el artículo del primero, *Notas sobre perfección y forma de la adopción*, en esta REVISTA, septiembre-octubre 1965, páginas 1.111-1.112, al que responde sustancialmente la redacción del número 346 del *Derecho de familia* (Bosch, 1966), debido a ambos profesores, y también A. DE LA VALLINA: *Naturaleza jurídica*., cit., R. D. P., junio 1969, pág. 453:

(71) Puede comprobarse en mi trabajo *Limitaciones a las disposiciones patrimoniales «mortis causa» establecidas en la escritura de adopción*, publicado en el volumen III de los «Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN», citado, págs. 101-102.

la patria potestad la ejerza el padre adoptante incluso con preferencia a la madre por naturaleza esposa de aquél (es decir, cuando el marido adopta al hijo, incluso legítimo, que su esposa tuvo: artículo 176, párrafo 3.º *in fine*).

(Continuará).

FRANCISCO CASTRO LUCINI.

Notario.

Naturaleza y disposición de pisos y locales pro indiviso en propiedad horizontal(*)

SUMARIO: I. PREÁMBULO.—1. El deber de elaborar Derecho. 2. La actualidad de la propiedad horizontal. 3. La propiedad horizontal en Valencia.—II DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES.—4. Su caracterización. 5. Su desafección. 6. Su disposición.—III. LA PRO INDIVISIÓN DE PISOS Y LOCALES PARA EL SERVICIO O UTILIDAD DE LOS CONDUENOS.—A) Origen: 7. Cobertura de necesidades derivadas de la propiedad horizontal. 8. Nacimiento legal del departamento procomunal. 9. Influencia decisiva de la llamada "construcción en régimen de comunidad".—B) Naturaleza: 10. Definición anticipada. 11. a) *Departamento independiente*. 12. Fijación de cuota-valor. 13. b) *En situación de comunidad*. 14. Titularidad de todos o parte de los condueños del edificio. 15. Independiente de la de sus pisos o locales. 16. Sin proporción a las cuotas. 17. No pudiendo ser titulares los extraños. 18. Y pudiendo fijarse una regulación más vinculante. 19. c) *Para el servicio o utilidad común*. 20. Establecida de intento. 21. Y con tal finalidad. 22. Problemas de interpretación. 23. d) *Sin posibilidad de división*.—C) Concepto: 24. Definición-resumen.—IV. SUS MÁS IMPORTANTES CONSECUENCIAS.—A) Normas aplicables: 25. Fuentes legales y contractuales. 26. Orden de prelación.—B) Su configuración como derecho anejo: 27. Posibilidad y efectos.—C) Improcedencia del retracto de comuneros: 28. Principio general. 29. a) Caso de cuotas-derechos anejos. 30. b) Transmisión total. 31. c) Transmisión de la cuota.—D) Irrenunciabilidad de la cuota: 32. Cuando se trata de derecho anejo. 33. Y también si lo es independiente.—E) Actos de disposición: 34. Planteamiento. 35. Se trata de un dominio solidario. 36. Históricamente recusado. 37. Pero viable en nuestro caso, pues se ampara en: 38. a) La libertad de pacto. 39. b) La distinción entre actos de administración y de disposición. 40. c) Y en la tendencia comunitaria. 41. Obstáculos para nuestra solución. 42. *Numerus clausus* o *numerus apertus*. 43. La figura exige la apertura. 44. Requisitos necesarios. 45. Formación de la mayoría. 46. Destino del precio. 47. Recurso al Juez. 48. Desafección sin disposición.—V. PORVENIR DEL DEPARTAMENTO PROCOMUNAL.—49. El deber de los juristas.

(*) Lección inaugural del X Curso de Perfeccionamiento para la Abogacía, organizado por la Sección de Práctica Jurídica de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, pronunciada el 2 de octubre de 1970 en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

Señores:

Ante todo, gracias. Gracias a mis buenos amigos, a VICENTE PONS, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, y a JOAQUÍN LLOBELL, Presidente de la Sección de Práctica Jurídica de la Academia en la que se insertan estos cursos, que él creó y que él con noble afán mantiene, por haberme deparado el honor y la satisfacción de pronunciar hoy la lección inaugural, decisión que sólo dos razones justifican. Una, la dicha, la de la amistad que a veces ciega. Otra, la de mi antigüedad en el *escalafón* de profesores de los cursos cuya décima edición comenzamos, pues desde el primero y en todos he intervenido aportando lo poco que puedo dar. Y gracias a todos los presentes por la atención, también por amistad, que al escucharme me dispensáis.

I.—PREAMBULO

1. Tres razones me han forzado en la elección del tema. La primera, en proyección más amplia y general, mi condición de Notario y, por tanto de jurista práctico que, dentro del campo del Derecho privado, tiene fundamentalmente la misión, delegada por la sociedad, de dar forma auténtica a los negocios jurídicos. Y digo fundamentalmente porque no es la única, ya que además de ella, materia propia de las escrituras, está también la de constatar, con igual garantía de efectividad, la realidad de hechos, cosas y situaciones que puedan tener trascendencia jurídica, objeto propio de las actas.

Por desgracia a este campo, que es el de la forma en el Derecho a la par que el Derecho, como rama, de la forma, se le niega la importancia que requiere para la *formación* de un jurista. Bástenos pensar que sin forma (palabras, signos, conductas, escritos) no hay posibilidad de relación humana, por lo menos mientras la telepatía no sea un hecho, y aun ni siquiera así, pues entonces la idea transmitida sería la forma del querer, como hoy lo son los sonidos y las imágenes. Y si no cabe la relación, no puede surgir y para nada se precisa el Derecho que sus efectos regule. Sin forma, pues, no habría Derecho,

por lo que para éste reviste singular importancia la regulación de aquélla.

Y es aquí donde el Notario ha de actuar en una doble proyección, en aquella doble vía, la del negocio jurídico y la de la jurisprudencia notarial, de la que el maestro CASTÁN nos hablaba (1): una, la de dar al querer de las partes la forma más adecuada y perfecta para que su voluntad alcance los efectos perseguidos; y otra, la de plasmar y conformar en los moldes más aptos, nuevos o viejos, aquellas figuras que surgen de la necesidad de acomodar las relaciones humanas a los cambios, tanto en las cosas como en el medio social, que el progreso por su propia esencia produce, exigencia de todos los tiempos, como la evolución del Derecho, de sus figuras e instituciones, nos prueba.

Ante cada una de estas situaciones el jurista *practicón* se quedará a la expectativa hasta que el legislador reconozca el nuevo tipo o lo encuadre en uno ya existente o los Tribunales lo admitan. Y lo hará así porque bien poco hay en él de jurista, pues el práctico, por jurista, tiene el deber de conocer el Derecho y el de investigar y trabajar con todos los medios a su alcance hasta dar solución al problema que se le plantea, con lo que su labor adquiere una singular importancia, pues está creando derecho al aplicar al caso concreto los resultados de las investigaciones teóricas —suyas o de otros—, vitalizándolas al conferirles la facultad de engendrar, en el corolario final de toda ciencia.

Por desgracia no es ésta la única postura que se adopta. Pues junto a la de quienes así lo hacen —y me refiero ahora a todos los juristas, cualquiera que fuere su especialización— está la de los que optan por no meterse en libros de caballerías y dejar las cosas quietas mientras Don Legislador o Doña Jurisprudencia no lo ordenen de otro modo. Unas veces por comodidad, por no estudiar, por no crearse problemas, por facilitar los caminos..., pero no a los demás, sino a uno mismo. Comodidad que viene ya de lejos, pues la fuerza una falta de preparación, de estudio, derivada a su vez de un cómodo abandono que en

(1) CASTÁN TOBEÑAS: *Función notarial y elaboración notarial del derecho*. Madrid, 1946, págs. 145 y sigs.

el limbo de los propósitos nonatos dejó aquel afán de las aulas universitarias, de las oposiciones o de los primeros años de ejercicio profesional, que con el tiempo pasó al cuarto trastero de las cosas inútiles. También por miedo, por un equivocado sentido de responsabilidad que se traduce en evitar todo peligro de una posible repercusión económica por nuestros errores, fallos o *valentías*. Y el miedo, en cuanto domina, hace ver fantasmas en todos los rincones y en todos los papeles. Olvidándose por ello —que no es más que egoísmo— que a quien en definitiva hemos de rendir cuenta es a la sociedad a la que estamos obligados a servir, siquiera fuere en reconocimiento de lo que le adeudamos; olvidándose que el cumplimiento del deber, que no termina cuando se nos exige un mayor esfuerzo de estudio o de dedicación, tampoco acaba cuando de afrontar los hechos, de aceptar el caso o de resolverlo, corremos un riesgo mayor que el normal por tratarse de situaciones no reconocidas legalmente o no cubiertas y amparadas por la jurisprudencia. Que si así hubieran obrado nuestros predecesores, desde los jurisconsultos romanos hasta los más recientes en los diversos caminos que parten del común título universitario, el Derecho estaría en mantillas, pues el legislador no puede actuar en base de unas situaciones extrajurídicas para crear las figuras adecuadas a partir de las mismas, ya que, faltándoles una experiencia comprobatoria de su bondad, concebiría artificialmente en un laboratorio sin conexión con la vida real, produciéndose más de un aborto cuando no algún pequeño monstruo *imperativo*. Lo bueno es plasmar en la Ley lo que ya la práctica sancionó, con la aprobación intermedia de los Tribunales casi siempre. Y en esta elaboración del Derecho cada jurista, en el ámbito y poderes de su profesión, tiene el concreto deber de acoger, estudiar, conformar o sancionar las nuevas situaciones que de las relaciones sociales surgieren, sin posibilidad de escape por la vía de la negativa, al amparo del burladero del silencio legislativo y jurisprudencial, ni por la cómoda del encasillado previo, cuando al meterlas en moldes viejos corran el peligro de desnaturalizarse o de romperlos. Que si el legislador no legisla es porque no le damos materia en tiempo, calidad y cantidad, y si el Tribunal no aprueba, en casos será, como le oí un día

decir a uno de vosotros con su peculiar gracejo, porque no ha habido nadie tan torpe como para colocarse en la oposición que, añado yo, no podrá plantearse si nadie hubo tan decidido como para ponerse en vanguardia.

2. Mucho tiempo me ha comido esta primera razón. Las otras son de situación en el tiempo y en el lugar. En el tiempo por cuanto todos los problemas de propiedad horizontal son de la más viva actualidad. "La propiedad horizontal es un fenómeno socio-económico que hizo eclosión en España hace más de treinta años y que todavía hoy continúa en proceso de expansión", decían los ponentes españoles sobre el tema en el X Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Montevideo el pasado año (2). Eclosión que perdura y crece, siendo éste el tipo de propiedad al que están acogidos casi la totalidad de los inmuebles urbanos y que se expande en aplicación analógica o extensiva a todos los conjuntos habitables, desde la vivienda permanente y el local para industria o comercio hasta el apartamento de uso rotatorio por cortas temporadas.

3. Y en el espacio —que también en el sentimiento—, por cuanto la propiedad horizontal es una forma o tipo de dominio en el que Valencia ha sido tierra de iniciativas y consagraciones. Pues en la práctica nuestra ciudad fue de aquellas que la aceptó antes de su reconocimiento legal, no de modo subrepticio, bajo la capa del condominio romano, sino abiertamente, escriturando e inscribiendo los pisos por separado, con su derecho a los elementos comunes, que paradójicamente solía expresarse "con entrada por escalera independiente", incluso plasmando por escrito las cuotas de gastos, como el arquitecto MANUEL FORNÉS hacía en su *Arte de edificar* (3). En su estudio, recientemente, los nombres de los valencianos, por nacimiento o residencia, que de ella han tratado forman una lista interminable: ATTARD, BATLLE, CASADO PALLARÉS, DESANTES, DOCAVO, GARRIDO CERDÁ, MONET, OGÁYAR, RAMOS FOLQUÉS, RULL, SALAS, SOTO, TAULET, VENTURA TRAVESET y algún otro que siento no recordar,

(2) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO: *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*. Madrid, 1969, pág. 97.

(3) Citado por DEL VISO, según referencia de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO. Ob. cit. en nota 8, pág. 91.

la estudiaron, contribuyendo a su desarrollo y arraigo. Y en la materia, Valencia ha visto nacer hace pocos años la construcción en comunidad en régimen de propiedad horizontal extendida luego, a la par que casi siempre adulterada, por toda España; en Valencia han surgido urbanizaciones modelo al amparo de una aplicación extensiva de esta forma del dominio; y aquí, al tiempo que en otras ciudades, la práctica ha sido mimada y cuidada por los juristas, en formas y soluciones que de modelo van sirviendo para otros lugares. No es que seamos los primeros en el tiempo ni en los logros, pero sí unos de ellos. Por lo que esta valencianía del tema, junto a su actualidad y a su carácter privatístico, me han compelido a elegirlo para esta lección inaugural, confiando en que tales razones para su planteamiento sirvan de paliativo en el juicio que al final forméis de esta disertación, que si quedara en discreta por satisfecho me daría.

II.—DISPOSICION DE LOS ELEMENTOS COMUNES

4. En cuanto a su uso y disponibilidades, en el edificio en propiedad horizontal podemos distinguir fundamentalmente dos grupos o clases de partes: los departamento privativos y los elementos comunes.

Los primeros, según el Código civil, son “los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública”, que “podrán ser objeto de propiedad separada”. Se trata de departamentos diferenciados —a lo ancho, a lo hondo y a lo largo— de partes estructuralmente distintas, susceptibles de aprovechamiento independiente, que jurídicamente adquieren singularidad al devenir objeto de propiedad separada, lo que se alcanza mediante su configuración conforme a las normas legales, aunque todos y cada uno continúen perteneciendo al mismo dueño. Son, pues, tres los requisitos exigidos: departamento diferenciado, susceptible de aprovechamiento independiente y objeto de propiedad sepa-

rada. De *sustratum* arquitectónico los dos primeros y jurídico el del último.

Los elementos comunes son aquellos del edificio, "necesarios para su adecuado uso y disfrute, *tales como* el suelo, vuelo", etcétera, en relación que el legislador, como expresamente dice, formula *ad exemplum*. Los autores los diferencian en elementos comunes esenciales o por naturaleza y elementos comunes accidentales o por destino. Yo diría que si los elementos son comunes y los departamentos son privativos, todos lo son por destino. Destino determinado en los primeros por las propias necesidades de la construcción y subsistencia de lo edificado, cualquiera que fuere su tipo y función (suelo, vuelo, cimentaciones, muros, cubiertas, canalizaciones), de tal modo que sin ellos no cabe que el edificio exista, o bien por la configuración que al construirlo se le dé (pasos, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, servidumbres), pero de tal modo que, conforme a lo planificado, por las propias necesidades físicas se les conceptuará también elementos comunes por esencia o naturaleza. Mientras que otros no son necesarios más que por razón de un destino especial, de una configuración física o jurídica no esencial, que pasa a serlo por la impronta de servicio común o el marchamo de propiedad común que se le da. Así las salas de espera contiguas a los zaguanes, los departamentos para reunión de los condueños, las terrazas de utilización común e incluso el piso-vivienda para el portero, elementos que suelen llamarse accidentales o por destino o pacto.

Algunos de estos elementos son, por esencia o destino, comunes a todo el edificio; otros, sólo de alguna de sus partes, lo que se llama en la práctica elementos comunes generales de todo el inmueble o particulares de cada casa, patio o zaguán. En construcciones complejas, al aplicar el régimen de la propiedad horizontal a conjuntos formados por varios edificios, estas clases pueden diversificarse en categorías intermedias, desde los elementos comunes generales a todo el inmueble a los particulares de los pisos que tienen entrada general común, pasando por los del bloque, conjunto de casas, casas separadas, etc.

5. Pues bien, ya en lo que ahora nos importa, de los elementos comunes no se puede disponer por separado, como de-

partamentos o partes independientes del edificio, siendo su propiedad derecho anejo e inseparable de los pisos y locales objeto de propiedad privativa de los condueños: así resulta sin género de duda por expresa disposición del artículo 396, párrafo 2.º del Código civil y del artículo 3.º de la Ley de propiedad horizontal.

Pero el elemento común puede perder su carácter, pues tal cualidad depende del servicio que prestare, por lo que, si deja de darlo, pierde aquélla. Mas para que así suceda se precisa: que por su propia naturaleza no sea de esencia tal destino (como lo es en el suelo y los muros maestros), o de serlo pueda sustituirse por otro (cambio de escalera), o suprimirse porque su función queda cubierta (eliminación de una de las dos escaleras que a los mismos pisos sirven), o se estima innecesaria (eliminación de los ascensores); y que así lo acuerden todos los condueños, pues se trata de una modificación de las reglas del título constitutivo, acto que precisa acuerdo unánime (art. 16, 1.º, L. P. H.), sin que para su efectividad sea obstáculo alguno el § último del artículo 3.º L. P. H., ya que dicha regla del artículo 16 posibilita cualquier modificación por amplia que fuere (4).

6. Como resultado de ello, el ex elemento común se convertirá en un nuevo departamento del edificio, lo que requiere una reestructuración total, alterando su composición y la distribución de cuotas-valor al nacer una nueva propiedad privativa, o por su segregación se formará una finca nueva, independiente y separada del edificio de que proviene, cuando esto sea físicamente posible (5), debiendo expresar el acuerdo con exactitud cual sea el resultado de la desafección. En el último caso se tratará de una extinción de la propiedad horizontal por conversión en copropiedad ordinaria (art. 21, 2.º, L. P. H.), que no ofrece problema alguno en cuanto a su disposición. Y en el

(4) La *res.*, D. G. R. N. de 5 mayo 1970 así lo admite, implícitamente, en cuanto en la vivienda objeto del supuesto que contempla no es de esencia su destino a portería, y el acuerdo de desafección, presupuesto que no se debate, fue tomado por unanimidad.

(5) Así todos aquellos supuestos de un elemento externo a los muros perimetrales, cuyo solar pueda separarse del edificio, como escaleras de incendios adosadas a sus paredes, casetas para transformadores, patios, huertos o jardines anejos, etc.

otro, el nuevo departamento nacido de la conversión del elemento común en propiedad privativa o bien pertenecerá a los condueños en comunidad ordinaria, también sin especial problemática, o por haberlo acordado así, se configurará como departamento procomunal, por lo que nos remitimos a todo lo que seguidamente diremos en cumplimiento del fin propuesto al elegir el tema.

No es este el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en su resolución de 5 de mayo de 1970 contempla el caso de la desafeción como elemento común de la vivienda destinada a portería, distinguiendo entre la situación anterior en la que tenía el carácter de *elemento común de uso funcional compartido* y la resultante de la desafeción, aceptando la posibilidad de que pueda continuar siendo explotado como *elemento común del inmueble que ya no es usado por todos funcionalmente*, sino que su uso y aprovechamiento se cede en forma onerosa. Ni se trata de un departamento en comunidad ordinaria, lo que sucedería "si se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad como local privativo a nombre de todos los copropietarios y en proporción a sus respectivas cuotas", pues entonces la enajenación debería hacerse en forma ordinaria y mediante el consentimiento, prestado en escritura pública, de todos los copropietarios, ni se plantea la problemática del departamento procomunal, aceptando una situación especial en la que del elemento *desafectado* puede disponer la Junta de propietarios, siquiera el acuerdo haya de ser unánime, facilitándose así su enajenación.

Creo que esta doctrina no puede aceptarse con carácter general. Primero, porque parte de un pie forzado, ya que la desafeción se había producido sin alteración registral ninguna, pues ni se expresó su descripción física ni se inscribió como finca independiente, si bien se le atribuía un porcentaje en los elementos comunes, situación que no tiene encaje en la L. P. H., ya que las cuotas o porcentajes sólo se atribuyen a los pisos y locales, y éstos requieren su descripción completa y su inscripción como tales departamentos separados. Segundo, porque se pronuncia como solución para una situación transitoria, en buen camino a fin de dar salida a muchas otras similares que indu-

dablemente se han producido en este periodo de regularización de la propiedad horizontal.

La Dirección General se limita a contemplar en fases separadas —desafección y fijación de cuota, descripción y enajenación— lo que debe hacerse por acuerdo de la Junta y en una sola vez. Pues lo que hoy no es posible es lo que ya estaba hecho: desafección con señalamiento de cuota, pero sin descripción y configuración como piso independiente, ya que la Ley sólo permite la existencia de los elementos comunes, sin cuota-valor, y de los pisos y locales independientes, con cuota-valor, pudiendo ser estos departamentos procomunales, como vamos a examinar. No veo obstáculo para que se produzcan dos acuerdos de Junta: uno de desafección y otro de disposición; lo que no cabe es que en el periodo entre ambos surja un extraño elemento común sin uso funcional compartido, sin carácter de piso independiente, pero con cuota-valor. Sólo el resultado final es lo que puede exteriorizarse registralmente: su configuración como piso o local, con su cuota-valor perteneciente a los condueños en comunidad ordinaria, como departamento procomunal o bien como propiedad del adquirente si la disposición se hubiere verificado.

III.—LA PROINDIVISION DE PISOS Y LOCALES PARA EL SERVICIO O UTILIDAD DE LOS CONDUEÑOS

Junto a tan clara separación entre partes privativas y elementos comunes, el legislador en su último pronunciamiento sobre la materia, en la Ley 49 de 1960, nos ofrece un *tertium genus*, bautizado por FERNANDO MONET como *procomunal* (6), cuya naturaleza intentaremos precisar, partiendo de su origen, para llegar así al campo de su realización en el comercio jurídico, de su disponibilidad, punto en cuya contemplación hemos centrado el tema.

(6) MONET: "Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal", *Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho notarial*, vol. 1.º, separata. Valencia, 1962. pág. 17.

A) Origen

7. Indudablemente el departamento procomunal atiende a una finalidad importante en cuanto por él se pueden cubrir unas necesidades de los condueños del edificio cada día más imperiosas y numerosas, tanto por la extensión que alcanza la construcción de edificios en comunidad como por la mayor complejidad de las nuevas construcciones, que aumentan sus servicios en bien de su confortabilidad y aprovechamiento.

La propiedad horizontal es consecuencia de la necesidad de proporcionar a cada familia su vivienda en las mejores condiciones de habitabilidad y sin el costo que representaría su aislada construcción. De esta necesidad, concretada en el piso-vivienda, surge la de los elementos comunes sin los cuales no podría tener aquél las condiciones pretendidas.

Pero al lado de estas exigencias de servicio a los pisos-vivienda (desde el solar para construirlo hasta la refrigeración central o el montacargas para subir las comidas del restaurante) de carácter permanente, común y esencial, siquiera surja no ya por verdadera necesidad, sino como consecuencia de las características impuestas al edificio, se plantean otras no tan acusadas, o si se quiere no tan esenciales, mas sin duda alguna de suma conveniencia para los condueños. Unas desde el punto de vista económico (obtener un capital o una renta para ayuda del costo de la construcción o del mantenimiento del edificio) y otras desde el de mejora de sus servicios, añadiendo el disfrute de otros menos necesarios o incluso de puro recreo (garaje, piso-club, etc.). La perdurabilidad o permanencia, nota esencial en los elementos comunes, falla en los del primer tipo; en algunos casos (locales o bajos para venta) falta la relación de dependencia respecto a los pisos, sustituida por la de utilidad del propietario inicial de los mismos, y en otros (garajes sólo para viviendas o para locales comerciales) su utilidad queda referida a un grupo determinado de departamentos, tanto por consecuencia de la configuración del edificio, como igualmente sucede en los elementos comunes particulares (diversas escaleras, bajos sin derecho a zaguán y ascensores, etc.), como por una adscripción *a priori* más o menos caprichosa. Es decir, no se trata de

una dependencia de tipo permanente, objetiva o general, como es la de los elementos comunes en relación con los pisos o locales en que se divide el edificio.

No nos hallamos, pues, ante una necesidad que obligue al constructor a prever su existencia y al jurista a encuadrarlo entre los elementos comunes, ya sean generales o especiales. Lo que se ha traducido lógicamente es que así como la existencia y regulación de los elementos comunes es contemporánea al nacimiento y a la reglamentación de la propiedad horizontal, estos departamentos de servicio o utilidad común nacen con el desarrollo de la figura, cuando su proliferación y auge traen como consecuencia el afán de perfeccionamiento tanto en lo físico, por los constructores, como en lo jurídico, por quienes han de traducir a un estatuto rector lo que la realidad ofrece.

8. Y esto, estas necesidades, no habían surgido o no se habían exteriorizado con fuerza suficiente cuando el legislador español de 1960 regula la figura, aunque algún autor aislado las intuyera (7). Es decir, si bien la propiedad horizontal es un hecho que en el devenir histórico va siempre por delante de su regulación jurídica, anticipándose tanto a la configuración de la doctrina como a las reglas del Código Civil, de la Ley de 26 de octubre de 1939 y de la Ley de 21 de julio de 1960, la existencia de estos departamentos comunes surge de pronto en génesis un tanto especial, aunque pudiéramos encontrar precedentes o situaciones *ante legem*. Pues al proyecto que se limitaba a decir que en este tipo de propiedad “no cabe la acción de división, sin perjuicio de su procedencia en cuanto a los apartamentos que pertenecieren a varios por indiviso”, planteamiento que no discute ninguna de las veintidós enmiendas presentadas al mismo, la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, sin explicación alguna, lo redacta en la forma que pasa a ser Ley, admitiendo la excepción para el caso de que “la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios” (8).

(7) Dicho MONET, en conferencia pronunciada el 5 de febrero de 1957 sobre “Estatutos de propiedad horizontal”, publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII. Madrid, 1961; ver págs. 90 y 91.

(8) Según FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*. Madrid, 1962, pág. 458, nota 394.

Luego nos encontramos ante un supuesto de pura lucubración legislativa, pues la Comisión de Justicia debió trabajar viendo y con aplicación en esta obra de ingenio, faltando la elaboración jurídica, la preparación del producto por medio de un trabajo adecuado, pero sin que se planteara una construcción aséptica en el mundo de las ideas puras del Derecho, ya que la realidad nos demuestra que las situaciones destinatarias de la norma existen y existían, cuando menos potencialmente, al tiempo de su promulgación. Pero lo cierto es que fue redactado en previsión de futuro y no en atención de presente, por lo que, por la carencia de *sustratum* previo para su interpretación, hemos de acudir, más que en otros casos, a la redacción legal para averiguar, en gramática pura, qué es lo que la Ley quiere, y así hallaremos la configuración, la naturaleza de la figura que estudiamos.

9. Mas en este punto no debemos olvidar un hecho que está influyendo sobremanera en el desarrollo del departamento procomunal. Se trata de la construcción en propiedad horizontal, conocida como "construcción en régimen de comunidad", figura que lleva preocupados a los juristas en estos últimos tiempos. El edificio en construcción o construido puede sujetarse al régimen de propiedad horizontal, formalmente siquiera, ya que los efectos peculiares de la figura no se producirán mientras no exista dualidad de propietarios de pisos o locales. Hasta ahora, normalmente, el titular único —o los cotitulares en comunidad ordinaria—, aunque tengan proyectado constituir el futuro edificio en propiedad horizontal, ya que el destino de los pisos y locales será el de pertenecer a distintos dueños, no contemplan y atienden esta construcción en titularidades separadas, pues la suya —singular o plural— es única y la diferenciación en relaciones de sujeto-departamento se producirá sólo cuando se transmitan los pisos a terceros.

Frente a ello cuando un conjunto de personas, titulares del solar en comunidad ordinaria, deciden construir en propiedad horizontal, esto es, atendiendo ya a la titularidad separada de cada piso o local, esta diferenciación se produce *ab initio*: potencialmente en tanto el edificio esté en proyecto; con efectos referidos a lo construido y al desarrollo del proyecto de cons-

trucción mientras en esta fase se encuentre, y como una propiedad horizontal perfecta y completa en cuanto la obra se termine. En esta comunidad cada uno aporta lo que a su piso o local exclusivamente compete y la parte pertinente en cuanto al resto del inmueble, lo que se expresa diciendo de un modo u otro, en fórmula convertida en cláusula de estilo notarial, que cada uno sufraga la construcción de su respectivo piso o local y todos en común y en la debida proporción la de los elementos comunes *y aquellas partes o departamentos que en común les hayan de pertenecer*, con lo cual, en germen, ya tenemos el departamento procomunal. Para el desarrollo de esta figura de la comunidad de constructores (no constructores en comunidad) no se presenta obstáculo legal, es más, encuentra apoyo y fundamento en la propia Exposición de Motivos de la L. P. H., al admitir como uno de los supuestos de nacimiento de la misma el de que varios propietarios "construyan un edificio con ánimo de distribuirlo *ab initio* (y aquí está la clave del problema) entre ellos mismos, transformándose en propietarios singulares de apartamentos o fracciones independientes". Se trata de la construcción en propiedad horizontal, no de la de un edificio cuya propiedad quedará así modalizada, pues no es cuestión de futuro, sino de presente, y de presente en movimiento, legalmente posibilitado por los artículos 392 y 396 del C. c. Se coloca ya cada ladrillo en el elemento común o en el piso de cada condueño, pues por todos o por él se sufraga su costo. Hay sólo, como dice MONET (9), un surgimiento *ex novo* de una relación de propiedad inicialmente configurada de esta suerte y por vía de declaración de la propiedad operada respecto del edificio en declaración de obra nueva.

Pues bien, volviendo al hilo de nuestro ovillo, es en este tipo de construcción en propiedad horizontal donde el departamento procomunal juega todas sus posibilidades. Por una parte, porque el constructor de su propio piso cuida más del *servicio* del mismo que quien edifica para vender, y por otra, porque en el régimen de construcción en comunidad lo normal es que durante un pe-

(9) *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir* (Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 8 de junio de 1963). Valencia, 1967, pág. 49.

ríodo de tiempo superior al que se emplea en sufragar los gastos de la construcción perdurará la cotitularidad de los pisos y locales atribuidos inicialmente en común a todos los condueños constructores, siendo en extremo conveniente una regulación que posibilite al máximo obtener la *utilidad* económica que con ellos se pretende.

B) *Naturaleza*

10. Anticipando conclusiones diremos que se trata de:

1.º Un departamento de un edificio en propiedad horizontal susceptible de aprovechamiento independiente,

2.º que pertenece a los condueños del inmueble en proindivisión,

3.º establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios,

4.º sin que quepa ejercitar la acción de división.

La doctrina no ha profundizado en la cuestión. Gran parte de los autores que en tratados, monografías y artículos estudian la propiedad horizontal la orillan sin plantearse qué es o puede ser este piso o local proindiviso. Para algunos es un elemento común, si bien diferenciado de los elementos comunes ordinarios (10), o bien un elemento común accidental que puede dejar de serlo, dividirse o venderse, a diferencia de los elementos comunes naturales (11); otros no se pronuncian con claridad, quedando en la nebulosa cuál es el carácter o naturaleza de estos departamentos (12), y sólo MONET, por un lado (13), y DE LA CÁMA-

(10) BARRENECHEA: "Estatutos y ordenanzas de la propiedad horizontal. Juntas de condueños y actos de disposición sobre elementos comunes y privativos", en *Estudios de Derecho privado*, tomo I. Madrid, 1962, pág. 394.

(11) ALVAREZ: "El título constitutivo de la propiedad horizontal", *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios jurídicos varios*, vol. II de la Sección 2.ª Madrid, 1965, págs. 468 y 469. Por otra parte trata, al parecer como situación distinta, la de los *anejos en pro indivisión*, adscritos de modo permanente y con carácter inmutable a todos o parte de los pisos y locales (páginas 477 y 478).

(12) Así FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (ob. cit.) dice que tiene "la condición de elemento o, si se prefiere, de cosa común" (pág. 274), aceptándolo cuando la pro indivisión se ordena en utilidad de todos, pero considerándolo como

RA, GARRIDO y SOTO, por otro (14), es decir, cuatro notarios, cuatro juristas con los pies puestos sobre la normalidad de la vida jurídica, lo contemplan como departamento diferenciado, cual otro piso o local, de singular configuración o naturaleza por causa de su destino.

Por nuestra parte, también en esta línea, vamos a desentrañar su carácter, analizando por separado los cuatro puntos dichos en que su concepto se condensa.

11. a) *Departamento independiente.*

Se trata de uno de tantos departamentos del edificio. La redacción del precepto es irreversible, pues habla de "un piso o local determinado", locución que hemos de referir a lo que expresa el artículo 396 del C. c. en su § 1.º, a "los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente" por contraposición a "los demás elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute". Pues primordialmente la Ley distingue entre los pisos o locales objeto de propiedades separadas y los elementos comunes.

Cierto que cabría configurar el departamento procomunal como un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, pero que no es objeto de propiedad separada, ya que el citado artículo del Código no dice que lo sean, sino que "podrán serlo", permitiendo en literal interpretación que haya pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independientes sin ser objeto de propiedad separada. ¿Qué sucede entonces? Ni más ni menos que estaríamos ante un elemento común *sui generis*, caracterizado fundamentalmente porque su base objetiva no es algo distinto de los pisos o locales por esencia, como en aquellos

"un elemento, pertenencia o anejo común más" si en él se ha establecido un servicio de carácter general (pág. 458), y terminando por decir que si bien para él tiene la consideración de elemento común, estima que debe ser objeto de descripción como los demás pisos o locales (pág. 746). Y FUENTES LOJO (*Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1962, dos tomos) lo califica de elemento común surgido por voluntad de los propietarios (pág. 287) y de apartamento destinado al uso común (pág. 457), admitiendo su existencia para un servicio común o para obtener una rentabilidad económica (pág. 519).

(13) Ob. cit. en la nota 6, págs. 17 y 18.

(14) Ob. cit., págs. 61 y 62.

que el Código enumera, sino precisamente un departamento delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente. Pero para llegar a esta conclusión nos basta con dicho artículo del Código, sobrando entonces el precepto que estudiamos, en camino interpretativo que llevaría al absurdo de su inutilidad. Pues si así fuera, si entendemos que el artículo 4.º de la Ley se refiere a elementos comunes concretados en pisos o locales, su indivisión viene ya fijada por el § 2.º del citado 396, sin necesidad de norma especial alguna y menos aún que aquélla “haya sido establecida de intento”, como el artículo 4.º previene, ni tampoco habría por qué excepcionar la regla que el primer apartado de este precepto fija —“la acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley”—, ya que no tratándose de propiedad separada de pisos o locales, sino de propios elementos comunes, nunca podría aplicárseles la aparente excepción que para la proindivisión de los mismos contiene esta norma. Luego estaríamos ante un precepto del que como única consecuencia podría sacarse la posibilidad de conferir carácter de elemento común a los departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, en la misma línea de interpretación innocua, pues las alforjas para este viaje ya nos las da el Código civil al relacionar los elementos comunes tan sólo por vía de ejemplo, permitiendo que la lista se extienda a todos aquellos que fueren *necesarios para el adecuado uso y disfrute del edificio*, concepción cuya apertura corrobora el artículo 3.º de la L. P. H. al hablar de *elementos, pertenencias y servicios comunes*.

12. Si el elemento procomunal es, como sostenemos, un departamento del edificio diferenciado de los demás, un piso o local susceptible de aprovechamiento independiente objeto de propiedad separada, lo será con todas sus consecuencias. Una de ellas la necesidad de su descripción en el título constitutivo con los requisitos fijados en la L. P. H. y por la legislación registral, entre los cuales tiene especial relieve la cuota-valor. En realidad, ¿debe ser así? (15).

En contra, partiendo de la analogía entre departamento pro-

(15) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO creen que al departamento procomunal debe asignársele un coeficiente particular, pues en caso contrario estaríamos ante un elemento común más (ob. cit., pág. 62).

comunal y elemento común, pudiera sostenerse que esta fijación no procede en cuanto la cuota no es otra cosa que la concreción de las reglas para el reparto de los gastos, si no hay nada *especialmente establecido* (artículo 9.º, 5.º, L. P. H.), gastos que deben ser soportados por las propiedades privativas y no por las comunes, pues, por el contrario, las cargas de éstas son las que deben repercutir sobre aquéllas, y para la distribución de beneficios, indemnizaciones o cualquier otra compensación (venta del edificio en ruinas, del solar, del derecho de vuelo o de partes segregadas de aquél, indemnizaciones por siniestro etc.), no se precisa, ya que corresponderán a los condueños en función del valor de su parte privativa y no del valor de los elementos y departamentos comunes, que a todos pertenecerían por razón de aquélla, llegando por tal camino al mismo resultado.

No lo acepto así, simplemente porque no lo dice así la Ley que ha dado vida y, por lo tanto, conferido carácter al departamento procomunal. Pues si se trata de un *piso o local* lo será con todas sus consecuencias, entre ellas la fijación de la cuota-valor de la que carecen los elementos comunes. Pero además hay otras razones que abundan a nuestro favor y que a la vez energizan la viabilidad de cualquier solución híbrida, como esta de describirlos y configurarlos como pisos o locales sin señalamiento de cuota. Razones que encuentran apoyo en una interpretación finalista, en jurisprudencia de intereses, atendiendo no el porqué histórico de la norma, que le falta por carecer de historia, sino el *para qué*, en proyección de futuro que ya está en presente, pues cada día surgen nuevas y concretas posibilidades de departamentos procomunales que, sobre la marcha y a golpes de experiencia, van perfilando la figura sin alterar el carácter que le da el texto legal.

Todas estas razones, que apporto en pro de mi tesis, a una se reducen: la de que la no fijación de cuota-valor al departamento procomunal se traduciría en una injusticia o en una rémora para su evolución en función del servicio que puede prestar en todos estos casos y posiblemente en bastantes otros que hoy no vislumbramos aún:

1.º Cuando ya desde un principio se destina al servicio —y beneficio— de parte y no de todos los pisos y locales.

2.º Cuando al no ser aneja su titularidad a la de los pisos o locales su propiedad no corresponda a los dueños de éstos.

3.º Cuando, por estar previsto así, llega el día en que se le desafecta del servicio o utilidad común, convirtiéndose en un piso o local como los demás, perdiendo su carácter procomunal.

4.º Y cuando, sin perder su destino, por el que se mantiene el servicio o la utilidad, pasa su propiedad a un tercero que con su cumplimiento va a obtener un lucro.

Conjunto éste de casos que absorbe casi por completo la posible vida y desarrollo del departamento procomunal, de tal modo que una configuración del mismo que no permita o dificulte en extremo la posibilidad de su utilización para aquellas finalidades lo deja tan sin vigor que no habría por qué haberle engendrado. Sin olvidar, insisto, que esta naturaleza ya se la da el tenor gramatical de la Ley al aceptarlo como *piso o local determinado*.

13. b) *En situación de comunidad.*

Por su inserción en el edificio el departamento procomunal es una propiedad horizontal, caracterizada además por pertenecer como propiedad separada en comunidad y proindiviso a varios condueños. Carácter esencial, ya que sin él no surge esta figura. Pues si su dueño fuera único estaríamos o ante el piso o local de tipo corriente o ante el departamento anejo a uno de aquéllos, y si les perteneciera como consecuencia de la propiedad del edificio, sin separación alguna de ella, se trataría de un elemento común objetivado en un piso o local sin propiedad separada.

Lo que ya no es tan fácil de dilucidar es si ha de pertenecer a todos los condueños o puede corresponder sólo a alguno de ellos, y si su titularidad depende o no, en su existencia y monto, de la titularidad de los pisos y locales.

14. En cuanto al primer punto, no hay obstáculo legal para que los condueños no sean todos los del inmueble. Pues para sujetarlo a su imperio al artículo 4.º L. P. H. le basta con

que exista la proindivisión, sin exigir que ésta sea total, ya que al hablar del “servicio o utilidad de *todos los propietarios*” textualmente se refiere a los propietarios proindiviso de este piso o local. En cambio, dada la dicción del artículo 396 C. c. y del artículo 3.º L. P. H. la copropiedad de los elementos comunes debiera ser total, es decir, de todos los dueños de pisos o locales, por lo que, si aun en este supuesto de dependencia más íntima la práctica ha consagrado los elementos comunes particulares o especiales de un grupo de departamentos, incluso produciéndose una titularidad subsumida y diferenciada en cuanto esta adscripción entra en juego para fijar la cuota-valor de los pisos o locales a los que sirven, con mayor razón podemos abogar por la posibilidad de que los departamentos procomunales pertenezcan a parte y no a todos los condueños del edificio.

15. Respecto al segundo punto —interdependencia o conexión de la titularidad del departamento procomunal con la de los pisos o locales— también nos pronunciamos por la solución de resultados positivos, entendiendo por tal la que los deja en la mayor libertad para su configuración, pudiendo o no imponer aquélla y por lo tanto o bien que la cuota en el departamento procomunal sea aneja e inseparable de la titularidad de un piso o local como titularidad *ob rem* (16), o bien configurarla con absoluta independencia, de tal modo que aunque en un principio estén subjetivamente unidas por pertenecer a un mismo titular, nada impide que luego sigan cursos separados. Es más, en muchos casos, cuando lo que se persigue es la utilidad económica por vía de renta o venta y para compensar o afrontar el costo de la construcción, la titularidad separada será esencial a fin de que este resarcimiento se produzca para el constructor y no en favor de los posteriores condueños del edificio, pues si nece-

(16) Para MONET, como atribución o titularidad *ob rem*, debía enfocarse en el derecho anterior (ob. cit. en nota 7, pág. 91) y adscripción *ob rem* hay ahora, “con imposibilidad de separación en caso de enajenación o transmisión en general, por aplicación del apartado final del artículo tercero” (ob. cit. en nota 6, pág. 18), es decir, porque como consecuencia de su construcción esta titularidad es uno de los elementos que integran el derecho de cada propietario. En cambio, DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO estiman que la Ley no se pronuncia sobre este particular, por los que los interesados pueden configurar sus derechos en la forma que mejor les plazca (vide nota anterior).

sariamente aquél ha de transmitir el piso con la cuota del departamento procomunal puede dificultarse la venta, con el consiguiente perjuicio económico para el vendedor, que con sus condóminos dió vida al departamento procomunal.

16. Y si por estas razones negamos la dependencia de sus titularidades como nota esencial, tampoco cabe aceptar como necesaria la proporcionalidad entre ellas, es decir, que la participación en el departamento procomunal se fije en función de la cuota-valor de cada piso o local. Tanto porque si se permite que no sea de todos cae por su base la exigencia de la proporcionalidad, como también porque, en el mismo supuesto contemplado, y tan corriente, de utilidad económica, de previsiones para la construcción, la adscripción a los condueños sin proporción a su cuota puede ser la vía compensatoria ante desiguales aportaciones —fundamentalmente cuando son heterogéneas, como las de solar y dinero— no proporcionadas al valor de los pisos que se les asignan.

17. Siguiendo esta línea, ¿cabría adscribir *ab initio* la titularidad de los departamentos procomunales a personas distintas de los propietarios de los diversos pisos o locales? Creo que no, porque si bien las soluciones antes propuestas puedan llevarnos en el futuro a la misma separación, con ellas los departamentos procomunales cumplen su fin de servicio o utilidad para los condueños del edificio, cosa que aquí no sucedería en ningún caso, como vamos a ver.

Puede tratarse de la construcción por una persona o varias proindiviso, con posterior constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, para la venta de sus pisos o locales, en cuyo caso la disociación de producirse será necesariamente *a posteriori*, porque antes no cabe. Y en el caso de construcción en comunidad especial, es decir, de la comunidad de constructores que lo hacen en propiedad horizontal, adscribir *ab initio* la titularidad de los departamentos procomunales a personas distintas de los dueños de pisos o locales no puede tener otra finalidad que la de entrega anticipada del piso o local enajenado o la de compensar lo que la comunidad haya de pagarles, posibilitando por este medio y en beneficio de los adquirentes los

pactos, de otro modo inefectivos, de indivisión *sine die* y de disposición por mayoría. Creo que esta finalidad no puede ampararse en el precepto que estudiamos, pues el departamento procomunal es un *tertium genus* a mitad camino entre el piso o local y el elemento común, por ello necesariamente situado, aunque sólo sea *ab initio*, dentro de la órbita de los titulares de unos y otros, es decir, de los propios condueños del edificio. De presentarse este supuesto de departamento que en comunidad perteneciere a personas distintas de los titulares de pisos o locales no creo que en buena doctrina quepa otra solución que la de considerarlo como un piso o local más, pues si se le configura como departamento procomunal lo será en fraude de ley al no atender a las finalidades para cuyo logro la misma lo permite, encubriendo otras distintas.

18. En definitiva, el departamento procomunal ha de pertenecer en principio, lo que se exterioriza al declarar la obra nueva del edificio, a dueños de pisos o locales, sin precisar que sea a todos ellos, pudiendo después, por el camino de distintas transmisiones, separarse ambas titularidades.

Pero que pueda ser así no quiere decir que necesariamente lo sea: cabe que el departamento procomunal pertenezca a todos los condueños del edificio, que las cuotas en su proindivisión sean proporcionales a las de los pisos y locales y que sea inseparable la titularidad de unas y otros, en adscripción *ob rem*. Y así conviene, y así se plasma y configura, en muchos casos, en uso de la libertad que para su regulación existe.

19. c) *Para el servicio o utilidad común.*

Según la Ley, se trata de una proindivisión "establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios". Requisito que se desdobla en dos condiciones: que la proindivisión haya sido establecida *de intento* y que precisamente lo fuere *para el servicio o utilidad común de todos los propietarios*. Luego no se cumple en los casos en que la proindivisión prestare tal servicio o utilidad, pero no se hubiese establecido a tal fin: así el sótano indiviso que luego se destina a garaje de la casa; ni tampoco cuando, adrede fijada, es decir, con el propósito de

mantenerla más allá del límite temporal impuesto por el Código, no lo fuere para el servicio o utilidad común.

20. Que se establezca *de intento* requiere un pacto especial por el que se acuerde mantener la proindivisión *sine die*, incluso por vía indirecta, como lo será la de indicar que se trata de un departamento sujeto a lo que dispone el artículo 4.º de la Ley o de una proindivisión amparada por el mismo. Pero, de un modo u otro, se precisa la constancia expresa (17) precisamente —y esto es muy importante— en los Estatutos que regulan la propiedad del edificio. Pues si la Ley permite un nuevo tipo de comunidad, que escapa a los moldes romanistas del Código, lo hace atendiendo a la forma especial de propiedad del inmueble del que la cosa común forma parte, luego si la configuración de esta propiedad sólo cabe en un molde —el de los Estatutos— en él se debe contener la regulación especial del piso o local posibilitada por la Ley tan sólo *en propiedad horizontal* (18).

21. En cuanto a que por ella se preste un *servicio o utilidad común*, es materia tanto de constancia formal como de existencia continuada. Expresamente debe resultar de los Estatutos que la proindivisión se establece para el servicio o utilidad, ya sea así, directamente, ya lo fuere de modo indirecto al remitirse a la norma legal, bastando tanto la expresión concreta del fin como la referencia general al servicio o utilidad común (19). Lo

(17) Que “sea configurada *procomunal* de un modo expreso”, dice MONET (ob. cit. en nota 6, pág. 18). La Audiencia Territorial de Valencia, en sentencia de 21 de enero de 1966, no acepta la indivisibilidad del departamento inscrito como finca independiente con su cuota de participación, porque no se hace “referencia alguna al especial destino” del mismo —garaje en el caso que contempla—, sin que baste que pertenezca en pro indiviso a los condueños del inmueble, pues puede serlo en comunidad ordinaria, “como a contrario sensu se deduce del propio artículo 4.º”, y aunque el propósito fuera el de destinarlo al servicio común, pues “no quedó plasmado en el título de constitución”. Caso singular éste en la profusión de cuestiones judiciales a las que la propiedad horizontal ha dado lugar, pues por él se acepta al departamento procomunal y en parte se le configura.

(18) En este mismo sentido, DE LA CÁMARA y sus colaboradores opinan que “es necesario que en el título constitutivo se declare expresamente la naturaleza procomunal del departamento” (ob. cit., pág. 62). Creo que igual puede expresarse en título posterior por el que se modifiquen o complementen las reglas estatutarias, es decir, lo ineludible es que conste en la norma configuradora de la propiedad horizontal, en los estatutos.

(19) En contra, los ponentes españoles del X Congreso Internacional del Notariado Latino (ver nota anterior), estiman que ha de expresarse “especi-

que no puede admitirse es que resulte que la proindivisión se establezca sin finalidad superior alguna, sino simplemente como burladero ante las normas del Código.

Por otra parte, si bien para que la indivisión se entienda establecida *de intento* basta con la voluntad concorde en un momento determinado, aunque luego la conformidad desapareciere, en cuanto a la prestación del servicio o utilidad no es suficiente el acuerdo inicial, sino que ha de tener una realidad continuada. Se trata de una exigencia permanente por su propia esencia, ya que de no ser así se permitiría la sujeción de voluntades para un fin no querido, aunque de buena fe deje de cumplirse, o, lo que es más grave, se facilitaría en grado sumo el *fraudem legis* mediante prontas revocaciones de lo acordado sobre el destino del departamento procomunal.

22. Múltiples son los problemas que la dicción legal puede plantear. Bastará ahora exponer los siguientes:

1.º La proindivisión puede establecerse *sine die* o para un plazo determinado, pues la Ley no previene ninguno, incluso por plazo fijo si es que en él puede obtenerse el servicio o utilidad perseguido, cual sería la de lograr una renta compensatoria hasta extinguir el préstamo que se obtuvo para la construcción. Si bien es cierto que si el plazo no es superior a diez años no habrá por qué cobijarlo en este precepto en cuanto el artículo 400 C. c. le confiere viabilidad (20).

2.º Los propietarios —*todos los propietarios*— para cuyo servicio o utilidad común se puede establecer la indivisión son los del propio departamento procomunal y no los de todo el edificio. Pues así resulta de su estricta interpretación gramatical, ya que hemos de dar al plural igual significado que en el mismo párrafo

ficando el destino (establecido en interés común) que se le asigne". En la práctica, aun aceptándolo así, sería fácil de orillar, pues bastaría con fijar la pro indivisión tanto para la utilización del piso o local por los condueños como para obtener un provecho económico por su renta o venta, según determinaren.

(20) Pero podría ser aconsejable por claridad interpretativa en cuanto queriendo mantener la pro indivisión sólo mientras se preste el servicio o se obtenga la utilidad común, la sujeción a la norma especial le aseguraría las soluciones que de la experiencia vayan surgiendo, mientras que el mero amparo en la norma general, aun con expresión de la causa, pudiera entenderse como recusación de la especial.

se da al singular mencionándolo como *propietario* proindiviso sobre un piso o local determinado. Propietarios que han de ser condueños del edificio, pero que pueden no serlo todos, como antes queda dicho.

3.º De lo expuesto resulta que cuando deja de prestarse el servicio o utilidad para el cual fué establecida, desaparece la causa de la proindivisión, cesando los efectos del pacto que la impone, pues pierde su amparo legal. Lo que en la práctica, si no se ha expresado un fin determinado, será muchas veces difícil de dilucidar, pues mientras de todos sea en principio a todos sirve o para todos es útil. Pero cuando se ha concretado el servicio o la utilidad no puede admitirse su sustitución, ya que esto implica que ha desaparecido aquél, causa y soporte de la proindivisión. En cuanto al cambio por pacto, tratándose de una regla que por su rango estatutario afecta a todo el inmueble, sólo podrá hacerse si estuviere previsto en los Estatutos o cuando para su modificación se cumplieren las exigencias legales, singularmente la aprobación de todos los condueños del edificio.

4.º Si el departamento se vende a una sola persona, entendemos que han cesado para siempre los efectos de la regla de indivisión, por extinguirse ésta, sin posibilidad de resucitarla, pues la regulación se fijó para conservar lo que ya no existe; la nueva proindivisión requerirá una nueva normativa con el carácter de modificación estatutaria.

Si se venden las cuotas, es decir, si se sustituyen los titulares (21), creemos que como no cesa la proindivisión tampoco mueren las razones que justifican su obligada subsistencia. Mientras exista uno de los comuneros iniciales no puede afectarle la sustitución de los demás, en alteración de su derecho a mantener la proindivisión. Pero aunque todos lo fueren no por ello se altera el servicio, si efectivamente perdura (garaje, por ejemplo) ni siquiera la utilidad, de la que el transmitente ha obtenido un anticipo (venta de la cuota del local en proindivisión para obtener renta), cediendo su posición al adquirente a cambio de

(21) Por tal sustitución entendemos tan sólo la transmisión a título singular (inter-vivos o legado), pues la universal (herencia) implica sucesión en la titularidad *personal* y no sustitución propiamente dicha.

ella. Exceptuándose la transmisión que implica el agotamiento de la utilidad (local destinado a venta), aunque por el número de adquirentes continuare en comunidad.

23. d) *Sin posibilidad de división.*

Del texto legal resulta que la acción de división no procederá para extinguir el condominio de un piso o local determinado cuando haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios. Es decir, por el mero hecho de reunirse los tres requisitos antes expuestos queda exceptuado de la regla general formulada por el artículo 400 del Código Civil, sin precisarse que expresamente se declare o establezca.

Estamos ante un tipo especial de comunidad que surge en cuanto la proindivisión de un piso o local de un edificio en propiedad horizontal se establece de intento con la finalidad indicada. Y cabe preguntarse si esta consecuencia —el destierro de la *actio communi dividundo*— es de carácter natural o esencial. O dicho de otro modo, ¿puede configurarse un departamento procomunal sujeto al imperio del artículo 400 del Código Civil? Creo que no, pues una proindivisión para atención de un fin en la que sea posible cesar en cualquier momento no puede decirse que haya sido fijada para su cumplimiento, luego no se reúnen los requisitos pedidos por el legislador. Otro problema es el de la posibilidad de la limitación temporal determinando el tiempo máximo por el cual se ordena la proindivisión o la condición de la que depende la aplicabilidad de la acción *communi dividundo*, a lo que me inclino afirmativamente, siempre y cuando su duración fuere igual a la prevista para la prestación del servicio o de la utilidad o dependa del mismo evento su vida, en conformidad con lo dicho al tratar de sus características, pues la indivisión se ordena para el servicio o utilidad previstos y en tanto así fuere.

C) *Concepto*

24. De lo dicho queda claro que se trata de un *condominio sui generis* que adquiere carta de naturaleza cuando siendo su

objeto un departamento en propiedad horizontal la proindivisión tienda a una finalidad derivada del concebir o del ser de dicho tipo de propiedad.

Viene posibilitado por un reconocimiento legal, plasmado en el último instante de la elaboración de la Ley, sin precedente ni explicación ninguna, pero, como la práctica demuestra, para regular una realidad viva en cubrimiento de unas necesidades cada día mayores. Por lo que es en esta práctica, a golpes de *pactos* y *reglas*, escoplo y cincel de la figura, donde los juristas hemos de darle vida larga y recia para que no quede en norma inocua y olvidada, sino en amparo seguro de los múltiples casos que bajo ella pueden desarrollarse en bien —siempre en definitiva el mismo— de la sociedad que así lo requiere y a la que hemos de servir.

Yo lo definiría como *el condominio de un piso o local en propiedad horizontal regulado en los Estatutos del inmueble para el servicio o utilidad de los condueños*.

IV.—SUS MAS IMPORTANTES CONSECUENCIAS

Conocida y configurada, de su concepto, en armonía con su naturaleza, vamos a obtener las consecuencias que hoy se nos ofrecen como más importantes, aunque su corta vida y sus muchas posibilidades auguren un futuro más amplio que el que ahora podamos predecir. Sin tratar de aquellos puntos cuya regulación o posibilidades se ofrezcan de modo similar a los de la comunidad ordinaria, que por remisión a lo dicho por los autores y a lo decretado por los Tribunales quedan solucionados, sino de las especialidades que *nuestra* figura nos muestra, se nos presentan estos cinco como más señeros:

A) *Normas aplicables*

25. Rige el artículo 392 del Código Civil, cuya consagración de la libertad de pacto adquiere mayor importancia en cuanto, como luego veremos, desaparecen ciertos límites fijados por la Ley, la doctrina o la jurisprudencia al atribuir carácter impera-

tivo a algunas reglas, que en nuestro caso dejan de tenerlo al faltar los presupuestos de los que tal imperio se deriva.

El contrato será la norma contenida en los Estatutos que regulan la propiedad del edificio, complementada por la reglamentación que establezcan los condueños del departamento, eficaz tan sólo en cuanto no contravenga aquélla. La única disposición especial, —el artículo 4.º L. P. H.— no fija reglas, simplemente configura, confiere carácter. Luego a falta de pacto habrá que acudir a lo que dispone el Código Civil en el Título III del Libro segundo, siempre en adecuación a su naturaleza de comunidad insita en una propiedad horizontal y a ella sujeta.

26. Esta es la escala de valores u orden de aplicabilidad de las normas:

1.º Disposiciones imperativas de la Ley, que respecto al Código quedan reducidas a la inderogabilidad del artículo 398, § 3.º, como luego veremos, y en cuanto a la L. P. H. a la imposibilidad de su subsistencia si no se cumple lo dispuesto en el § 4.º, es decir, que la proindivisión sólo puede perdurar en servicio o utilidad de los condueños.

2.º Estatutos de la propiedad del edificio.

3.º Reglamento especial del condominio.

4.º La Ley de propiedad horizontal en cuanto sus normas sean aplicables por extensión analógica, como *disposiciones especiales*.

5.º El Código Civil en sus artículos que tratan del condominio, siempre que no contrariaren la naturaleza peculiar de esta figura.

B) Su configuración como derecho anejo

27. Nuestra legislación registral se ha mostrado enemiga de la cuota indivisa en una finca como derecho anejo de la propiedad de otra, pero lo ha sido sólo por razones adjetivas, es decir, de técnica de inscripción, sin formular obstáculo especial a que así pueda establecerse en el ordenamiento sustantivo de la propiedad. Cuando por naturaleza las fincas son indepen-

dientes, en el ordenamiento civil no encontramos apoyo para justificar una relación de dependencia plena de la titularidad de una finca respecto de otra con efectos *erga omnes*. El vínculo puede ser rechazado tanto por aplicación de la teoría del *numerus clausus* (o del *numerus apertus* justificado) como por extensión analógica del criterio contrario a las prohibiciones o simplemente por basarnos en la concepción individualista del Derecho Civil.

Aquí estamos ante una regulación especial. La propia Ley permite que unas titularidades dependan de otras, solución lógica, pues por esencia hay una interdependencia entre sus objetos que forman parte del mismo todo, del mismo edificio. Y así el artículo 3.º L. P. H. reconoce a cada propietario el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el de los anejos que expresamente hayan sido señalados, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado de su piso o local, anejos cuya expresión es de obligatoria constancia en el título constitutivo conforme al artículo 5.º.

Cuáles puedan ser éstos es algo que queda al libre arbitrio; la enumeración que el legislador nos hace (*garaje, buhardilla o sótano*) es por vía de ejemplo. Puede decirse que de esta posibilidad sólo se excluyen aquellas partes del edificio que por esencia se integran en una de las dos clases de necesaria existencia: los elementos comunes y los pisos o locales, lo que, en cuanto a estos últimos, dependerá muchas veces de la voluntad de los condueños (basta pensar en las distintas soluciones que en la práctica se da a los llamados áticos-estudios).

En los casos previstos expresamente por la Ley el derecho anejo es el de propiedad de una parte del edificio no singularizada como departamento, mientras que en el nuestro es la titularidad de una cuota indivisa de un departamento independiente, siquiera tenga el carácter de procomunal, para lo cual no encuentro obstáculo, pues una normativa de este tipo no es otra cosa que, empleando palabras del legislador (artículo 5.º, § 3.º, L. P. H.), *una regla de constitución y ejercicio del derecho no prohibida por la Ley en orden al uso y destino de los diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, parte del estatuto privativo que perjudicará a tercero si se inscribe en el Registro de la Propiedad.*

Pero es más, uno de los posibles anejos previstos expresamente por el legislador —el garaje— encuentra su cauce más adecuado en la atribución proindiviso de un local amplio, reglamentando su uso, que no en la propiedad exclusiva de cabinas independientes (22).

Fijada la cuota del departamento procomunal como derecho anejo de cada piso o local, no podrá transmitirse con independencia de éste y la transmisión de lo principal acarreará necesariamente la del anejo, que no es más que una parte de aquella propiedad privativa en él objetivada, de la que no cabe desgajarse, salvo el caso de que en los Estatutos se hubiere previsto de otro modo.

C) *Improcedencia del retracto de comuneros*

28. La norma contenida en el artículo 1.522 del Código Civil es de carácter general, aplicable a toda situación de comunidad, salvo si existe disposición especial contraria que de su imperio exceptúe la situación que contempla. Estamos ante una norma imperativa, pues, tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia, no puede ser derogada por voluntad de las partes.

En el punto que nos ocupa nos encontramos con una norma especial, la del artículo 396 C. c., § 3.º, declarando la improcedencia de este derecho cuando se trate de la *enajenación de un piso o local* frente a los dueños de los demás pisos o locales. No es una excepción concreta, sino una aclaración: el retracto del Código se refiere a transmisiones de una misma cosa, que es objeto del derecho de todos, mientras que en la propiedad horizontal o son propiedades separadas o son propiedades comunes carentes de independencia que posibilite el ejercicio de derechos de preferente adquisición respecto a cuotas de las mismas. Y, como opina FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (23), en nuestro caso el título de condóminos del departamento proindiviso viene conferido en razón del de propietarios individuales (que lo son o que lo fueron), por lo que no es apto para ejercitar los derechos de

(22) En este mismo sentido, JOSÉ LUIS ALVAREZ. ob. cit., pág. 477.

(23) Ob. cit., pág. 494.

tanteo y retracto, ya que está incluido en la prohibición fijada por el § 3.º del artículo 396 del Código civil.

No olvidemos tampoco que la *ratio legis* de este retracto estriba en considerar a la comunidad como una situación transitoria y anómala, cuando en nuestro caso se trata de una situación expresamente querida, de vigencia permanente y adecuada al fin perseguido por el tipo de propiedad en que se inserta, lo que nos aboca a admitir la improcedencia del retracto como norma general. Aunque la falta de disposiciones concretas y de decisiones jurisprudenciales nos fuerza, en bien de la seguridad de las conclusiones, a separar los distintos casos que puedan presentarse, y de los que, por mera agrupación, se probará también la generalidad del principio expuesto.

29. a) Si las cuotas se han configurado como derecho anejo e inseparable de cada piso o local, no cabe ejercitar el retracto, pues su objeto no puede ser lo principal, por expresa disposición del Código, y en uso de un derecho subjetivo, cual es el de retraer la cuota, no cabe contravenir una disposición estatutaria que impide su separación de la titularidad de aquél. Es más, las razones en que se funda el retracto de comuneros —evitar la perduración del estado de proindivisión que se estima como situación anormal— cesan cuando el proindiviso está justificado por una razón de dependencia en servicio de lo principal, un proindiviso objetivamente cualificado podríamos decir.

30. b) Si se trata de enajenación por decisión unánime, como todos son transmitentes por propia voluntad, ninguno puede ejercitar el retracto. Y a este supuesto hemos de equiparar el de disposición por acuerdo de la mayoría estatutariamente facultada del que seguidamente trataremos, pues hay un sometimiento *ab initio* a la voluntad de quienes puedan disponer del departamento conforme a lo convenido con los mismos efectos que si se tratare de decisión unánime. No cabe aquí aplicar el artículo 1.522 C. c., pues no se trata de la enajenación de “la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos”, sino de todo el departamento, de la cosa en su unidad y no de cuotas de la misma.

31. c) Nos queda el caso aislado de venta de cuota o cuotas del departamento procomunal no configuradas estatutariamente como anejos de los pisos o locales. En principio no juegan las razones expuestas en los dos casos anteriores y el supuesto encaja perfectamente en el artículo 1.522 C. c., conforme a su tenor gramatical.

A su pesar estimo que no es así. El artículo 1.522, si bien aparece separado del título que el Código civil dedica a la comunidad romana, a ella se refiere, ya que es la única que el legislador contempla, por lo que esta regla queda sujeta a todas las posibilidades de excepción legal de la normativa-tipo por vía de disposiciones especiales, como el artículo 392 establece. Y una de ellas es la L.P.H., que en materia de derechos de preferente adquisición declara su inaplicabilidad, pues si bien se refiere a un supuesto distinto del que nos ocupa, por analogía debe aceptarse la misma regulación, ya que si no cabe el retracto de un piso porque por naturaleza se distingue de una cuota indivisa, tampoco debe caber el de ésta cuando se refiere a un departamento cuya situación de comunidad viene exigida por su propia esencia, en función de su finalidad, lo que la separa de las cuotas en la comunidad ordinaria. Consecuencia a la que nos fuerza también la equiparación de este caso a los otros dos antes examinados, manteniendo la unidad de la figura.

D) Irrenunciabilidad de la cuota

32. Configurada como derecho anejo o titularidad *ob rem*, el problema se plantea *prima facie* en la posibilidad de renunciar a dichos derechos, posibilidad que no aceptamos. En primer lugar porque la dependencia impone una inseparabilidad fijada tanto en provecho del titular como de los demás condueños del edificio. Permitir esta separación por voluntad unilateral iría contra su propia esencia. Pero, y vuelvo a mi campo, es la práctica quien aduce su veto por razón de las consecuencias. La titularidad del anejo comporta unos derechos, pero también unas obligaciones; insertado en un edificio sin posibilidad de propiedad separada, su renuncia no lo convertiría en un mostrenco apto para la ocupación, sino que se confundiría con el común del edificio, con los

elementos comunes, pasando a la titularidad de todos, cuando al resto de los condueños puede no convenirles por las cargas que representa. Sin que tampoco podamos parangonar el caso con el general de la renuncia al dominio de un bien cualquiera, pues nos falta la nota de independencia que en éste la posibilita; si yo puedo renunciar a la propiedad de mi fundo es porque de nadie dependo y a nadie estoy obligado por mi titularidad, por lo que cuando se demuestra la falsedad de este aserto es cuando vienen las limitaciones del Derecho público. En cambio, en la titularidad del anejo, frente a mis condueños en el edificio estoy obligado por los Estatutos que regulan su propiedad con una norma que lo adscribe a la del piso o local de que pretendo desgajarlo con mi renuncia. Y en este caso la especial permisión del artículo 395 C. c. cede ante las razones expuestas, dado el esencial carácter de su adscripción a la titularidad del piso o local.

33. ¿Y si no se le ha dado a la cuota el carácter de anejo o titularidad *ob rem*? La situación es la misma. Pues aun faltando la dependencia expresa respecto de otro bien principal, de un piso o local, a la finalidad de servicio o utilidad de los condueños, que le confiere carácter permanente, está subordinado el derecho de cada condueño, quien no puede ejercitarlo en detrimento de aquélla; su derecho lleva una considerable carga de deber que se transmitiría a los condueños con esta postura individualista. Basta con pensar en el garaje: a los demás no les interesa tener una plaza de la que disponer, dando entrada a un extraño, sino que cada cual contribuya a los gastos por la suya —por su cuota—, la utilice o no.

De ahí que estimemos irrenunciable la cuota del piso o local en proindivisión finalista, a menos que se acomode a lo previsto en los estatutos o todos los condueños la acepten (24).

E) *Actos de disposición*

34. En cuanto a los actos de administración del departamento procomunal, no ofrecen problema alguno. Se estará a lo que se

(24) En contra FERNANDO MONET (ob. cit. en nota 6, págs. 18 y 19) admite la renuncia tanto de la cuota del departamento procomunal como del anejo.

ordene en el título constitutivo de la propiedad horizontal (artículo 5.º, L. P. H., § 3.º) o en las normas de régimen interior (artículo 6.º), pudiéndose tomar en esta materia acuerdos por simple mayoría en cuanto no impliquen modificación de las reglas contenidas en dicho título o en los estatutos (art. 16), en plena conformidad con lo que el Código civil dispone (art. 398).

La cuestión, sin duda la de mayor importancia que de nuestro tema surge, está en dilucidar si para disponer del departamento procomunal se precisa la decisión unánime de todos sus condueños o si basta con el acuerdo tomado por quienes alcancen el *quorum* fijado como bastante por los estatutos, con plena eficacia tanto entre partes como frente a terceros, afectando incluso a los condueños que no hayan tomado parte en la decisión o que hubiesen votado en contra.

Es corriente que los departamentos procomunales se configuren para atender a una utilidad económica, bien directamente a través de su venta, bien transitoriamente por medio de su alquiler, sin desechar la venta futura, aunque el servicio a prestar sea el fundamento de su indivisión, pues conviene prevenir la posibilidad de una desafección total o parcial, posibilitando su transmisión. Previsiones que revisten una mayor trascendencia cuando se trata de construcción en comunidad, que requiere unas reservas convertibles en dinero, o cuando se quedan pisos o locales sin peticionarios, que se adjudican en proindiviso a todos los condueños como situación transitoria hasta que surja la oferta aceptable.

35. Si puede venderse el departamento cuando así lo decidan los condueños que alcancen el *quorum* previsto, nos encontraremos con que por voluntad de unos se dispone del derecho de todos. Esto es, estamos, ni más ni menos, que contemplando un supuesto de titularidad solidaria, del recusado dominio solidario. En la concepción clásica la solidaridad se ofrece en determinación individual: uno, cualquiera, puede disponer del derecho o cosa común y por lo tanto del de todos y cada uno de los comuneros, concepción que es la de nuestro Código en materia de obligaciones (C. c., arts. 1.141, 1.142 y 1.143). Pero la esencia de la figura estriba no en que el disponente fuere uno, sino en que quien o quienes sean simples cotitulares puedan disponer como

si lo fueren únicos, lo que da a la figura esa apariencia de ente extraño de imposible injerto en un sistema individualista cual el de nuestra propiedad y fundamentalmente en el tipo de condominio que el legislador acepta sin salirse de la línea fijada por el devenir histórico.

36. Dicese que la solidaridad en la titularidad de los bienes apareció en el Derecho romano cuando, fallecido el *pater familiae* sin sucesor designado, todos los hijos, *in solidum*, asumían la jefatura familiar y consiguientemente la de su patrimonio. No están claras las aguas, ni concordes los historiadores, en sobre si fue o no fue así. Mas de haberlo sido en algún tiempo, corto sería éste, en cuanto la memoria es mala y su perdurabilidad ninguna. Porque de dominio solidario nulos son los ejemplos que nos ofrece la historia del Derecho romano y la del nuestro, de aquél derivado. En cuanto a los germanos, tan bien se arreglaban con la *mano común* que poco —o nada— se interesaron por esta figura.

En nuestra jurisprudencia encontramos la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1946, que de forma tajante la recusa, considerando que el *pretendido dominio solidario* "constituye una relación jurídica sin posible entronque en nuestro ordenamiento legal, que al admitir la pluralidad de dueños sobre una misma cosa configura el condominio bajo los moldes romanistas con cuotas ideales, siguiendo los precedentes de aquel derecho que al tratar de la posesión como facultad integrante del dominio estableció el clásico aforismo de que *plures eadem rem in solidum possidere non possunt*" (25). Y la doctrina o se calla o tratándolo muy de pasada, como cosa archisabida, también la recusa (26).

Cierto: en nuestro Derecho no aparece ni reconocido por el legislador o el juzgador, ni como resultado de la labor de los juristas, dominio solidario alguno. Pero no por ello toda situación nueva por fuerza habrá de vestirse con el manto del condominio

(25) La Dirección fue más prudente; el Registrador llamó *figura jurídica hueca de realidad al absurdo del dominio solidario*, y el Presidente de la Audiencia tildó de *forma inadecuada y antijurídica* a la adjudicación de fincas en pleno dominio y solidariamente.

(26) Citemos por todos a ROCA SASTRE, quien nos dice que "la posición más fundada es la que niega la posibilidad de la comunidad *in solidum* en orden a la titularidad del dominio" (*Derecho hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1948, pág. 246).

romano, sin posibilidad de escape, aunque se desnaturalice o se desvitalice al no tener por este camino ancho suficiente para su desarrollo. Creo que el obstáculo no es insoslayable y a intentar demostrarlo voy, terminando así mi charla al tiempo que vuestra paciencia.

38. Como argumentos de tipo general a favor de nuestra postura encontramos los siguientes:

a) Fundamentalmente la libertad de pactar en esta materia, consagrada por el artículo 392 C. c., que sujeta la comunidad a su articulado sólo a *falta de contratos o de disposiciones especiales*, reiterándolo en cuanto a la propiedad horizontal el § último del artículo 396, si bien con dicción *imperativista* al expresar que "se rige por las disposiciones legales especiales y, *en lo que las mismas permitan*, por la voluntad de los interesados". Es decir, ateniéndonos estrictamente a su tenor gramatical, el pacto prevalece siempre frente a las normas del Código, pero será posible tan sólo si lo permiten las normas sobre propiedad horizontal.

A su pesar, aun dentro del Código hemos de aceptar que existen normas de carácter imperativo que no podrán ser contravenidas por pacto. Pero son pocas las que lo tienen. Así BELTRÁN DE HEREDIA, en estudio exhaustivo sobre el tema (27), sólo nos cita a tres preceptos inderogables: la facultad de acudir al Juez si no hubiere mayoría o el acuerdo fuese gravemente perjudicial (artículo 398, § 3.º), la facultad de eximirse de los gastos renunciando a la parte en el dominio (art. 395) y la imposibilidad de pactar la indivisión por plazo superior a diez años (art. 400, § 2.º), de los cuales en nuestro caso no rige el tercero por expresa disposición legal y no es aplicable el segundo, como hemos visto.

Y en cuanto a las normas de propiedad horizontal, su reglamentación, como se ha dicho, tiene en nuestro Derecho un signo más bien imperativo, pero sin que esto excluya ciertos márgenes de actuación a la autonomía de la voluntad (28). Si aceptamos la relación de las normas imperativas que formula ESCRIVÁ DE ROMANÍ, por citar la más completa, incluso demasiado amplia

(27) *La comunidad de bienes en derecho español*. Madrid, 1954, páginas 191 a 194.

(28) DE LA CÁMARA y sus colaboradores, ob. cit., pág. 97.

para nuestro criterio (29), no encontramos en ella límite alguno para el pacto que propugnamos. Pues de haberlo, estará en la letra o en el espíritu del Código, es decir, en la concepción tradicional del condominio, regida por un signo individualista, y no en una Ley encuadrada en la moderna orientación comunitaria.

Se trata, no lo olvidemos, de unas disposiciones especiales que excepcionan el régimen general. Y si ellas permiten que la voluntad de los interesados regule las relaciones en lo no impuesto por las mismas, no cabe alegar una imposibilidad derivada no ya siquiera de la letra de la Ley general excepcionada, sino de su espíritu, precisamente espíritu de una figura —el condominio romano— del que se escapa el edificio por plantas, exigiendo la especial normativa de la propiedad horizontal.

La situación es distinta. En el condominio romano la exigencia, insoslayable o no, de la unanimidad para disponer de su objeto no se traduce en la obligación de los condueños de permanecer en la indivisión a perpetuidad, por cuanto en cualquier momento, rebasado en su caso el límite voluntariamente fijado por un máximo de diez años, pueden ejercitar la acción de división. En cambio, en completo trastrueque del resultado, en el departamento procomunal, desterrada la *actio communi dividundo*, de precisarse la unanimidad para la disposición todos quedan sujetos, por voluntad de uno cualquiera, a la indivisión perpetua. Se puede alegar que esto será así en cuanto así se haya querido, pero en tal caso no precisábamos de figura nueva alguna, pues con su configuración como elementos comunes lo tendríamos bien solucionado, resultando innocua una previsión legal de la cual, por otro camino, tan buenos resultados podrían obtenerse.

En definitiva, entiendo que al amparo de los artículos 392 y

(29) "Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad horizontal", conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Registradores de la Propiedad y publicada en esta misma Revista, año de 1967, número 462, páginas 1233 y siguientes. Acepta como normas imperativas todas las referentes al concepto mismo de la institución, imposibilidad de prohibir este régimen, necesidad y requisitos esenciales del título constitutivo, condiciones necesarias para independizar pisos y locales, elementos comunes esenciales o por naturaleza, fijación de la cuota, régimen de unanimidad para ciertos acuerdos, inviolabilidad de los derechos individuales de los comuneros y causas legales de extinción. No trata de los departamentos procomunales, pero en terreno próximo estima que en materia de anejos prevalece lo dispositivo sobre lo imperativo (pág. 1244) y que los elementos comunes accidentales o por destino entran dentro del libre juego de la voluntad (pág. 1246).

396 C. c. puede pactarse una regulación especial permitiendo la disposición del departamento procomunal sin necesidad del convenio unánime, tanto porque la regla que se desprende de los artículos 397 y 399 no es de carácter imperativo, a más de no estar expresamente impuesta (30), como porque, aunque se entendiera lo contrario, estamos ante una comunidad regida por disposiciones especiales que no fijan esta concreta excepción en su letra, excepción que no sería acorde con su espíritu.

39. b) También por cuanto, atendido el conjunto de circunstancias, en especial la finalidad perseguida por los constructores al constituir el edificio en propiedad horizontal distribuyéndose los pisos o locales y quedándose con alguno o algunos en esta especial proindivisión, es dudoso calificar la venta de los mismos como acto de disposición, aunque aisladamente considerada sea un puro negocio dispositivo. Pues, conforme al más reciente y mayoritario criterio, el acto de disposición es aquel que produce inmediatamente una disminución o modificación del activo patrimonial, esto es, el que compromete la existencia, la individualidad o el valor *de un elemento estable del patrimonio*, siendo acto de administración, correlativamente, el que no afecta al capital, sino que tiende a obtener del mismo su normal rendimiento, conforme a su destino económico y sin alteración de su sustancia.

Y así, aunque la venta del departamento procomunal sea un negocio de disposición, pues por él se opera la transmisión de un derecho subjetivo, no puede considerarse como acto de disposición, ni con relación a la comunidad, cuyo patrimonio estable, cuyo capital, es toda la parte del edificio destinada a la propiedad separada de cada condueño, con los elementos comunes inseparables de la misma, ni con relación a cada condómino, pues en su patrimonio ha entrado la cuota como elemento de realización para la estabilidad de su capital. El departamento procomunal se ha construido para venderlo, a todo evento o sólo cuando convenga, en bien de los elementos estables del patrimonio de cada condueño que son los pisos y locales.

(30) Así opina también BELTRÁN DE HEREDIA (nota anterior, pág. 194) en estos términos: "Salvo la prohibición de derogar estas disposiciones legales, los copropietarios podrán establecer el régimen que tengan por conveniente, tanto por lo que se refiere al uso y disfrute de la cosa, como a la administración, disposición, división, etc., de la cosa común."

40. c) Finalmente nuestro punto de vista encaja en la actual tendencia comunitaria del Derecho y concretamente del Derecho español. Argumento de fácil teorización, como el anterior, pero no por ello menos real, por lo que me limitaré a reseñarlo sin especial estudio. La prueba de esa tendencia comunitaria, que yo centro en la vitalización de las soluciones que tiendan, por la vía de la agrupación de personas, de la reunión de esfuerzos, a satisfacer las necesidades individuales, siguiendo el camino recto de la realidad, es decir, sin acudir a coberturas ficticias del tipo de las sociedades, la tenemos en la propia propiedad horizontal. La tenemos en el auge y desarrollo de las cooperativas, si bien con la forzada solución del amparo administrativo y del reconocimiento de su personalidad, consecuencias de no afrontar de cara los problemas derivados de la arcaica concepción individualista de nuestro Derecho privado, pues de haberlo hecho sin tales medios se habría alcanzado el mismo fin, dentro del Derecho civil, que amplio cauce nos ofrece. Y está también, siquiera no sea novedad sino reconocimiento de una realidad histórica, en la normativa para la cesión definitiva o temporal de los montes vecinales en mano común, pues para el acuerdo basta un cierto *quorum* de sus titulares, sin precisar la unanimidad (31).

41. Frente a esta postura afirmativa encontramos como más serios dos obstáculos:

1.º La doctrina del *numerus clausus*, en materia de derechos reales, o si se quiere, la de *numerus apertus* con tales restricciones que a aquélla equivale.

2.º Y la exigencia de la unanimidad para disponer que, conforme a la común interpretación de los artículos 397 y 399 del Código civil, en relación con el 398 *sensu contrario*, es de carácter necesario. Pero si admitimos *por contrato* un tipo distinto de condominio, podría pactarse una regulación distinta, eximiendo al nuevo tipo del imperio de estas normas. Luego volvemos al mismo problema:

(31) Concretamente, "consentimiento del ente comunitario que tenga la titularidad del monte, expresado por el acuerdo de los dos tercios de los vecinos comuneros que lo constituyan" (art. 39), a quienes corresponde "su titularidad y aprovechamiento sin asignación de cuotas específicas" (artículo 38), según dispone el Decreto 569 de 26 de febrero de 1970, por el que aprueba el Reglamento de Montes Vecinales en Mano Común.

el de la posibilidad de la creación de un nuevo derecho real, o siquiera de un nuevo subtipo o configuración del condominio.

42. La doctrina clásica española presenta un amplio frente de partidarios del *numerus clausus* contra un reducido número de *aperturistas*. Creemos que una postura armónica, en la línea de PUIG BUTRAU (32), es la acertada, postura que puede condensarse así: formalmente cabe la creación de nuevos tipos de derechos reales, para lo cual la propia Ley deja portillos abiertos (artículo 334, número 10, C. c.; art. 2.º L. H.), si bien tropieza con rigurosos límites institucionales, por lo que sólo cuando surja un interés digno de protección —dignidad que presupone la importancia (33)— cabe crear una nueva figura que lo ampare, asimilándola o encuadrándola, dentro de lo posible, en el tipo más semejante de los que estén admitidos.

En nuestro caso hay un interés digno de protección que encarna en una figura encuadrada dentro del tipo general del condominio, pero sujeta a una disposición especial, lo que la singulariza y distingue, posibilitando una regulación distinta de la del tipo matriz, precisamente en uso de una permisión por él establecida, aunque su resultado sea la inaplicabilidad de unas normas cuyo carácter imperativo no resulta expresamente de una dicción legal, sino que le viene dada por la labor interpretativa basada en un esquema del condominio en el que no encaja el nuevo tipo que a su vez emana de otro —la propiedad horizontal— legalmente reconocido pero que aún está en vía de desarrollo.

43. A colación traemos las mismas palabras que, en la línea clásica de la recusación de la propiedad solidaria, ha dicho uno de los últimos autores que del tema han tratado. ALBERTO BALLARÍN alega que “la solidaridad es una de las formas de resolver un problema de actuación frente a terceros, mientras que en la propiedad no se trata de esto, no surge el dominio que se dirija contra sujetos determinados, a diferencia de lo que ocurre con el

(32) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III. Barcelona, 1953, págs 29 y siguientes.

(33) Pues, en lenguaje jurisprudencial, el derecho real debe constituirse para “cubrir una función económico social” (Res. D. G. R. N. de 21 diciembre 1943).

crédito; su contenido es el *ius utendi y fruendi*, también el *disponendi*, respecto del cual será más concebible la solidaridad, pero como esta facultad en modo alguno puede aislarse de las otras, resulta técnicamente imposible aplicarla" (34). Si esto como doctrina general es verdad en materia de condominio ordinario, no menos lo es en nuestro caso: de ella misma brota la excepción. Pues el departamento proindiviso para la utilidad económica de los condueños presenta el fundamental problema de la actuación frente a terceros en el ejercicio del *ius disponendi*, que por la propia finalidad de la indivisión es la facultad más importante, pues en este caso se confunde con el *ius fruendi*, estando desterrado, desde un principio o por decisión posterior, el *utendi*. Con lo que la solidaridad no sólo queda justificada, sino que incluso es exigida por la naturaleza de la figura, por la propia finalidad con ella perseguida.

En definitiva, estamos ante la misma problemática que en su día ofreció la comunidad en mano común. El Código sólo regula la comunidad romana, siendo extraña a él la figura germánica de la mano común y, sin embargo, basándose en determinados preceptos del mismo y contemplando el propio ser de los tipos especiales por ellos regulados, no se ha dudado en calificar como comunidades germánicas a las conyugales de bienes y, con ciertos distinguos, a la comunidad hereditaria. Hoy, con menos base porque el pasado es más corto, se nos plantea otra especialidad que, si sabemos cuidarla, si sabemos estudiarla y plasmarla, amparo legal tiene también y próspero porvenir podemos augurarle.

44. Para que la disposición sea válida se exigirá en todo caso:

a) Que se trate de un departamento configurado como procomunal y que en los estatutos del inmueble esté prevista la posibilidad de la enajenación.

b) Que se tome acuerdo válido y eficaz conforme a su normativa estatutaria, es decir:

1.º Reuniendo los *quorums* previstos de asistencia y de votación, al tiempo que cumpliéndose los demás requisitos sobre convocatoria y deliberación que tales normas impongan.

(34) «Titularidad solidaria», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 9 de diciembre de 1958 y publicada en los *Anales* de dicha Academia, tomo XIII, Madrid, 1962, pág. 221.

2.º Facultando suficientemente a la persona o personas que por todos hayan de otorgar la disposición.

45. La formación de la mayoría requerida puede presentar en la práctica problemas graves de no haberse regulado en los estatutos. Pues si bien en defecto de ellos habremos de atenernos a las reglas de la L. P. H. —disposiciones especiales de aplicación preferente a las generales del C. c.—, no cabe asimilar el caso a los contemplados en la norma segunda del artículo 16; dada su importancia, más bien se encuadra entre los de la primera, ya que para los condueños desprenderse de su departamento es, por lo menos, de tanta importancia como aprobar o modificar los estatutos o las reglas del título constitutivo, siendo negocio de disposición para el que se precisaría la unanimidad de no haberse dispuesto, *por decisión unánime necesariamente*, otra cosa.

Es decir: habrá de obtenerse el *quorum* previsto, tanto en primera como en segunda o cualquier otra convocatoria, sin que quepa reducirlo en las posteriores aplicando dicha norma segunda del artículo 16, ni tampoco acudir al Juez cuando no hubiere *quorum*. En cambio, creo que es aplicable lo dispuesto en la norma primera de igual precepto, esto es: si se toma acuerdo favorable a la disposición sin reunir el *quorum* previsto podrá notificarse a los no asistentes, como se regula en su segundo párrafo, y si éstos no manifiestan su discrepancia y sumado el valor de sus votos a los de los que lo hubieran dado en la Junta se alcanza el *quorum* previsto, el acuerdo será válido. Pues si la regla vale para tomar acuerdos por unanimidad, no podemos negarle eficacia para los acuerdos de una simple o reforzada mayoría. Y todo ello, como hemos dicho, siempre en defecto de pacto, pues la regulación de éste será preferente a la legal.

No podemos adentrarnos en la casuística de esta posible reglamentación. Sólo diremos que la libertad de pacto en la que se ampara no alcanza a permitir que se fije un *quorum* inferior a la mayoría absoluta, pues entonces desaparecen las razones de interés legítimo que apoyan y avalan a esta especial solidaridad, al dejarla equiparada al dominio solidario hasta ahora recusado, en cuanto por la decisión de uno o varios, que no forman mayoría, habrían de pasar todos. Otros problemas, que dejamos en alto,

son los de si el *quorum* mínimo habrá de consistir en la mayoría de personas o de cuotas o de ambas a la vez; si cabe que estas mayorías se refieran sólo a asistentes en segunda convocatoria al no haberse reunido en la primera; y si por pacto también, como todo lo antedicho, cabría acudir al Juez en este último caso para que refrendara el acuerdo.

La Junta a la que nos estamos refiriendo es siempre la de condueños del departamento y no la de copropietarios de todo el edificio, si bien se pueden confundir sin distingo entre ambas si los titulares son los mismos. Caso contrario, se regulará, por sus propias normas y de no haberlas por las de la Junta de propietarios del inmueble, incluso para la expedición de certificaciones en prueba de los acuerdos y la representación para su cumplimiento.

46. El precio que se obtenga se invertirá o destinará conforme a lo previsto en las normas sobre la disposición o en el acuerdo tomado en cuanto, posibilitado por aquella normativa, pueda versar sobre tal destino. En último término creemos que bastará con el depósito o retención del precio a disposición de los titulares a quienes corresponda.

47. Un punto puede adquirir gran importancia en la práctica: ¿cabe el recurso al Juez cuando el acuerdo tomado con los *quorums* o mayorías previstos fuere gravemente perjudicial a los condueños? Con BELTRÁN DE HEREDIA (35) estimo que este precepto del artículo 398 C. c. para la administración de la cosa común es de carácter imperativo; luego sus efectos se extenderán a los acuerdos que excedan de aquélla, de la ordinaria administración, cuando fuere posible tomarlos, cual es nuestro caso. ¿Quid si transmitido el departamento el Juez se pronunciare en contra de lo acordado? La disposición, frente a terceros, es válida e inatacable; es más, el Juez no puede decidir la nulidad simplemente por razón del grave perjuicio que con ella se causare, pues no se le restan ninguno de los requisitos que para su validez bastan, ni se demuestra la falta *a priori* de alguno de ellos. En definitiva, el decreto judicial podrá enervar la eficacia impidiendo que la

(35) Ver nota 27.

disposición se otorgue, pero no afectará a la ya consumada, produciendo solamente efectos entre los condueños.

48. Si se puede disponer del departamento procomunal, también puede ser *desafectado* como tal, sin disponer del mismo, convirtiéndose en un piso o local sin carácter especial alguno. Y esto en todo caso, pues no hay departamentos procomunales por esencia o naturaleza, como hay elementos comunes, que impidan esta desafección.

Si nada hay dispuesto, se precisará el consentimiento de todos los condueños; si está previsto, a lo reglamentado habrá que atenerse, siendo la problemática de esta normativa la misma que para la de su disposición, pues se trata de un acto, si no de la misma trascendencia económica, si de similar relieve jurídico. En el caso de que esté prevista y regulada la disposición y no la mera desafección, cabe preguntarse si las reglas que posibilitan aquella nos servirán también para ésta. Punto dudoso a cuyo examen no llega mi tiempo: por una parte implicando toda disposición la previa o simultánea desafección y considerando, con miras económicas y por relación de resultado y presupuesto, la mayor importancia de aquella, pudiera admitirse tal posibilidad; por otra, atendiendo a la protección de los condueños que han aceptado una sola disyuntiva (o departamento procomunal, en su servicio o utilidad o disposición del mismo) puede sostenerse que la desafección sin disposición es acto para el que no legitiman las reglas que esta última permiten. Quizá esta segunda postura sea la más acertada, en cuanto es la que mejor cubre el interés individual que se ha subordinado al común sólo para unos determinados casos y no para otros.

V.—PORVENIR DE LA FIGURA

49. No se precisa ser profeta —ni siquiera hombre de leyes— para predecir el brillante porvenir del departamento procomunal si nosotros, los juristas prácticos, sabemos regularlo y nos atrevemos a hacerlo en cuantos casos así convenga. Que serán unos de simple utilidad económica —departamentos para renta o venta—, otros de cubrimiento de necesidades transitorias o de

permanencia dudosa —vivienda del portero—, otros de destino dependiente del criterio cambiante de los condueños —pisos clubs, guarderías infantiles, salones sociales—, otros de encaje dudoso entre lo privativo y el elemento común —garajes— y muchos más que ahora no podemos ni siquiera columbrar.

Ahí está nuestra labor, ahí está nuestro deber: dar molde jurídico al propósito de los interesados, valientemente, trabajando sin el amparo de *lo dicho y consagrado*, que ésta es nuestra misión. Recientemente el profesor D'Ors reitera su postura sobre las fuentes del Derecho en título contundente: *Derecho es lo que aprueban los jueces* (36), y nos aclara que también es derecho lo que no pasa por los jueces, pero puede pasar, como son tantas cosas que se hacen en las Notarías, tantas cosas, añado yo, que se plasman en los documentos. Pues si los jueces lo aprueban, *y es Derecho*, todos los juristas lo hacemos, cuando hay buen que-hacer: aconsejando a los interesados, minutando, redactando, configurando y conformando, abriéndoles los portillos de los registros... Y llega un día en que un Juez lo aprueba, la jurisprudencia, por reiteración, lo sanciona, o sin ello, porque no hubo motivos de pleito, *la práctica se extiende, la comunidad lo acepta*. Ya es derecho reconocido porque ya lo era en concreto, en norma particular y privada a la que los otorgantes se sometieron y los terceros quedaron obligados en deber de respeto a la libertad que dentro de los cauces legales creó y formó la nueva figura. Y a nosotros nos quedará la satisfacción de haber pagado en parte la deuda que con la sociedad tenemos contraída en continuo aumento desde los primeros garabatos escolares hasta la obtención del título profesional, de haber cumplido en aquel caso concreto lo que como jurisperitos le debemos.

Nada más; he terminado.

JOAQUÍN SAPENA TOMÁS

Notario.

(36) *Atlántida*, núm. 45, mayo-junio 1970, págs. 233 a 243.

Finca independiente, “elemento común” de otras

La aparición en el tráfico jurídico de esa forma de propiedad que es la horizontal, movió al legislador a dictar normas que regulasen lo que, en la práctica, era algo cotidiano. Tras la publicación de la última Ley sobre tal materia, se unificó lo que aquella práctica hacía muy diverso.

A falta de normas concretas, la propiedad horizontal se configuraba en las escrituras públicas y accedía al Registro de la Propiedad en formas varias. Unas veces los pisos y locales de un edificio abrían folio registral; otras se inscribían en el mismo folio de la matriz como participaciones determinadas de un todo; en ocasiones entraban en el registro los pisos independientes antes de haberlo hecho la casa donde estaban ubicados. La inscripción por separado de los pisos, unas veces se hacía por división, agotando la finca matriz, y otras por sucesivas segregaciones según se iban enajenando.

Hoy, tras la promulgación de la Ley de 21 de julio de 1960, muchos de los problemas que aquella diversidad, y la ausencia de normas concretas, planteaban, se han solucionado. Pero no cabe esperar de ninguna norma jurídica que prevea casuísticamente todos los supuestos posibles imaginables. Siempre se dejará alguno.

Para estudiar el tema que ahora queremos abordar, procederemos a eludir todo lo que pueda rozar problemas de derecho transitorio. En primer término para simplificar el estudio de lo que nos ocupa, y también porque creemos que los supuestos que se

contemplan son modernos. Nacen, más que con la propiedad horizontal, con el enorme desarrollo que ésta adquiere día a día, y con la complejidad que las modernas concepciones urbanísticas aportan.

Cuando la propiedad horizontal recae sobre un piso que forma parte de una casa, sin más conexión con las fincas colindantes que la frecuente de medianerías y servidumbres de luces y vistas, no suele plantear problemas.

Pero las modernas urbanizaciones empiezan a complicar ese panorama de edificios tradicionales. Hoy los edificios en muchos casos se construyen separados unos de otros, pero, paradójicamente, con una serie de elementos comunes que las nuevas necesidades imponen y que los enlazan y relacionan entre sí.

Esta situación de viviendas separadas, pero sirviéndose de elementos que son comunes a todas ellas, se da en estas zonas, frecuentes hoy, que en su concepción participan de la arquitectura típicamente urbana, en cuanto que son edificios o bloques de pisos, y de la rural por sus zonas de espacios abiertos, jardines, aparcamientos y accesos privados, elementos todos estos que son comunes.

La Ley de 21 de julio de 1960, reguladora de la Propiedad horizontal, determina claramente las dos clases de propiedades que se dan en esta situación:

a) Un derecho "singular". Recae sobre un espacio delimitado susceptible de aprovechamiento independiente y sobre los anejos aunque estén situados fuera del espacio delimitado.

b) Una "copropiedad". Recae sobre los demás elementos comunes.

Con estos datos que nos da el artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante L. de P. H.), tenemos los elementos reales de la relación jurídica y los dos tipos de propiedades que sobre ellos recaen.

La propiedad horizontal, cuando recae sobre una vivienda o local que tenga además un anejo, está integrada por tres elementos reales u objetos perfectamente diferenciados en la Ley: 1.º La vivienda o local principal. 2.º El anejo o anejos. y, 3.º Los ele-

mentos comunes sobre los que tendrá el tanto por ciento que se le asigne en copropiedad.

El problema que estamos esbozando es, en síntesis, el de que los elementos comunes estén fuera de la finca a la que sirven, o dicho de otro modo, si pueden ser una finca independiente o parte de ella. También podría formularse como cuál puede ser el lugar en que radiquen materialmente y la repercusión jurídica y registral de esa ubicación en relación a su admisibilidad.

Como los "elementos comunes" y los "anejos" tienen un carácter de servicio o dependencia de las viviendas y locales, convendrá estudiar por separado unos y otros.

A) "*Anejos*" de viviendas y locales.

Tanto las viviendas y locales como sus posibles anejos son "espacios delimitados". Ambos susceptibles de aprovechamiento independiente y sobre unos y otros recae un derecho singular. Su idéntica naturaleza comporta una identidad de régimen jurídico. Sólo se diferencian en que aquéllos son lo principal, considerando el uso y valor económico, y los anejos son lo accesorio.

¿Dónde han de radicar esos anejos?

Francisco Escrivá de Romani, en conferencia pronunciada el 28 de abril de 1967, publicada más tarde en esta REVISTA, al estudiar los anejos, decía: "Son elementos privativos separados físicamente del piso y accesorios del mismo edificio y a veces, incluso, separados también de éste".

Este último inciso, teniendo en cuenta lo que después diremos, nos ha hecho meditar sobre su exacto sentido.

Desde luego que pueden estar "separados del edificio", pero ¿eso significa que puedan estar en otra finca registralmente distinta?

Que el edificio donde están las viviendas y locales se halle situado en un lugar del solar y los anejos en otro lugar del "mismo solar" es, no sólo posible, muy frecuente y perfectamente admisible. El problema que nos planteamos aquí, más que como tal problema, como antecedente o elemento de comparación con el que es

el verdadero objeto de este trabajo, es el de si la separación, entre el piso y sus anejos, puede consistir en que radiquen estos en otra finca.

Los anejos han de radicar o formar parte física necesariamente del inmueble o finca donde están las viviendas y locales de los que son complemento. No es posible que una vivienda tenga su anejo (garage, trastero, etc.) en otra finca distinta aunque sea colindante.

El artículo 8.º de la L. de P. H. nos lleva a esa conclusión al prohibir que un "piso" o "local" y sus "anejos" se aumenten por agregación de otro colindante "que no sea del mismo edificio". Así, aunque materialmente se comuniquen dos locales o dos anejos de dos fincas colindantes, jurídica y registralmente serán dos fincas distintas. Si los términos empleados por el legislador en el artículo 8.º no fuesen tan contundentes, podría inducir a dudas la frase del artículo 3.º de la misma Ley cuando, al definir los anejos, dice "aunque se hallen fuera del espacio delimitado". Esto significa solamente que el anejo puede estar en un lugar distinto al del local del que es complemento. En realidad el anejo propiamente dicho se da cuando, por su situación en el inmueble, se encuentra alejado de la vivienda o local al que sirve. Si estuviese materialmente pegado, por ejemplo, un trastero, a su vivienda, no se comprendería que lo configurasen como un anejo; se integraría en la propia vivienda como una habitación más de ella.

Registralmente el anejo no abre folio independiente y se describe, en la inscripción del inmueble total y además, en la inscripción del local al que sirve, según dispone el artículo 5.º de la L. de P. H. al establecer que, en el título constitutivo de la propiedad por pisos, se "describirá" cada uno de los pisos expresándose en "cada uno de éstos" su extensión, linderos, planta en que se hallare y los "anejos" tales como garage, buhardilla y sótano.

Es fácil comprender la razón o fundamento de esa obligada situación de los anejos. Si el anejo de una vivienda radicase en un inmueble independiente de aquel en que radica la vivienda, el propietario de ésta incidiría en la propiedad del edificio en que estuviese el anejo, y ello sin darse ninguno de los requisitos legales para esa incidencia: sería propietario de un espacio delimitado,

propietario singular del anejo, en una finca en propiedad horizontal y no tendría copropiedad sobre los elementos comunes de esa finca, toda vez que los anejos no tienen asignado tanto por ciento en los elementos comunes, lo que implicaría además la falta de módulo para su contribución a los gastos comunes.

Con esto, pues, queda claro que esos espacios delimitados, susceptibles de aprovechamiento independiente, objetos de un derecho singular de propiedad y que son económica y funcionalmente accesorios de las viviendas y locales, no pueden ser ni finca, ni parte material de finca, independiente de aquella en que radican las viviendas y locales.

Pasemos ahora a contemplar otros elementos materiales que sirven también al objeto principal que es la vivienda o el local de negocio. Son los elementos comunes, con cuyo examen entramos en el tema fundamental que nos propusimos.

B) Elementos comunes de viviendas y locales.

A diferencia de los anejos, examinados en el apartado anterior, los elementos comunes se aprovechan o usan conjuntamente con otros titulares, el derecho que sobre ellos se ostenta no es singular, sino concurrente con otros y no son susceptibles de enajenación independiente del elemento principal al cual sirven.

Al examinar los anejos nos preguntábamos que dónde tenían que estar ubicados y llegábamos a la afirmación de que tenían que formar parte de la misma finca material y registral en la que estaba la vivienda o el local del que dependían.

La misma pregunta, referida a los elementos comunes creemos que ha de tener distinta respuesta: los elementos comunes pueden ser derechos que recaigan en otras fincas o bien fincas distintas de aquella de la que son elemento común. Pero como esta afirmación es demasiado amplia estudiaremos los distintos supuestos que pueden darse.

Si examinamos el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, en su número 4 nos encontramos con una remisión a la L. de P. H. cuando dice: "Se inscribirán como una sola finca bajo un solo núme-

ro... 4.º. Los edificios en régimen de propiedad por pisos... En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley...”.

Por tanto, las circunstancias de la descripción del inmueble en su conjunto son las que la L. de P. H. prescribe.

Acudimos a esa Ley y en el artículo 5.º de la misma leemos: “En el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales se describirá el inmueble en su conjunto con las circunstancias de la Ley Hipotecaria, y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo...”.

Por consiguiente, además de las circunstancias que la legislación hipotecaria establece para la descripción de las fincas urbanas en general, hay que añadir la descripción de los servicios e instalaciones con que cuenta el inmueble.

Estos servicios e instalaciones forman parte de los elementos comunes y su naturaleza puede ser de lo más variada. Afortunadamente la Ley no ha pecado de casuística. La enumeración que de algunos hace en su artículo primero no es más que enunciativa y referida a los que el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de mayo de 1965, llamó elementos comunes “por naturaleza”; suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, porterías, ascensores, corredores, cubiertas, canalizaciones y servidumbres.

Fácilmente puede ampliarse la lista sin temor a que alguien niegue su posible condición de elemento común; tendederos, jardines, aparcamientos, piscinas, etc.

Y es que en los elementos comunes “por destino” ese carácter dependerá muchas veces de la voluntad del que constituya el régimen de propiedad horizontal. Así, por ejemplo, una zona destinada en solar del inmueble a aparcamiento puede crearse como elemento común, pero también podrá configurarse como anejos si se delimita un espacio para aprovechamiento individual de cada titular de una vivienda asignándose a ésta.

Los elementos comunes por naturaleza, aquéllos que todas las casas en propiedad horizontal tienen, tales como suelo, muros, cimientos, cubiertas, etc., no ofrecen dificultad, pues forman parte material del inmueble, pero existen otros que hoy se configuran

en la realidad como elemento común de un edificio o, lo que resulta más complicado, de varios al mismo tiempo, que no forman parte material del edificio al que sirven e incluso a veces ni siquiera son colindantes con él.

Entonces sucede que las normas que tenemos para reflejar en el Registro de la Propiedad esa situación no son todo lo explícitas que se desearía.

Decíamos al principio que era hoy muy frecuente la creación de zonas de esparcimiento como jardines, piscinas, aparcamientos, que el propietario promotor describe como finca independiente, y que en el título de constitución se declaran elemento común. Y lo son de uno o de varios edificios, y cuando esto último sucede se asignan a los, por ejemplo, 4 edificios, por partes indivisas.

Que por su destino pueden ser y son en la realidad un elemento común, no ofrece duda. Y que por esa finalidad y destino encajan en lo que la Ley llama, en su artículo 5.º, "servicios e instalaciones con que cuenta el inmueble" y, en el artículo 3.º, "elementos, pertenencias y servicios", tampoco puede discutirse.

¿La legislación sobre propiedad horizontal, permite que una finca en su plenitud, el pleno dominio de ella, se adscriba como elemento común de otra?

Merece el problema que intentemos aclararlo porque en la práctica se está dando el supuesto, y quizá no sea muy claro cuando, para resolverlo, se acude muchas veces a un procedimiento indirecto poco satisfactorio. Y si se llega a la conclusión de que no hay obstáculo para admitir ese tipo de elemento común, convendrá ver cómo se plasmará tal situación en el Registro de la Propiedad, y si hay algún inconveniente de técnica registral que complique su registro.

La L. de P. H. ha previsto que un elemento común de una finca pueda estar fuera de ella: entre los posibles que enumera en el artículo primero hemos visto que se refería a las servidumbres.

Siguiendo este camino que la propia Ley nos brinda, vemos que cuando una finca tiene como elemento común de los pisos en ella construidos, un derecho real de servidumbre sobre otra finca distinta e independiente, en la descripción del inmueble en régimen de propiedad horizontal, hay que consignar las circunstancias de

la legislación hipotecaria (situación, superficie, linderos, etc.) y además los "servicios, elementos y pertenencias" con que cuenta.

Son tan amplias estas expresiones de la L. de P. H. que no hay duda de que el derecho real de servidumbre habrá que describirlo como uno de los "elementos" con que cuenta el inmueble.

Ahora bien, el que se "describa" en el predio dominante no significa que sea ahí donde se "inscriba" el derecho. Es obvio que la inscripción, para que tenga efectividad, hay que hacerla en el folio registral del predio sirviente.

Entonces estamos contemplando un elemento común de una finca, consistente en un derecho real limitativo sobre otra finca distinta, cuya "inscripción" se hará en esta finca distinta, pero que será "descrito" también en el título constitutivo de la propiedad horizontal y se reflejará en la inscripción del inmueble objeto de esa propiedad horizontal, como uno de los elementos del mismo.

La inscripción del derecho de servidumbre seguirá las reglas comunes; en el predio sirviente, además de expresarse la finca dominante, se inscribirá la servidumbre a favor del dueño de dicha finca. Cuando ésta se organice en propiedad horizontal, la servidumbre se describirá como un elemento común y al dividirse y venderse por pisos la casa, la servidumbre, que seguirá inscrita a favor del titular primitivo, pasará a ser objeto de una cotitularidad y sus cotitulares no estarán señalados exactamente ni en la inscripción del predio sirviente, ni en la del dominante, sino en las inscripciones de los múltiples pisos en que se dividió éste.

Todo esto que no es privativo de la propiedad horizontal, sino que es normal en todos los casos de inscripciones de servidumbres reales, porque su naturaleza origina que la titularidad de las mismas se determine de forma subjetivamente real, lo hemos recordado aquí porque servirá para ver que no hay obstáculos de técnica registral que impidan que la titularidad de una finca, el dominio de ella, puede estar determinado en igual forma.

Si al construir un edificio es preciso o conveniente que esta finca se sirva de otra aprovechando una parte de sus posibles usos, la servidumbre puede bastar. Pero si es preciso o conveniente aprovecharla en su totalidad, la servidumbre no es apta. Si el predio dominante absorbe todo el potencial de uso o disfrute del otro

predio no hay forma, económicamente hablando, de encajar esa situación en el marco de las servidumbres. Esa situación, consistente en un propietario de un predio aprovechando todas las posibilidades económicas de otro predio, cuyo dueño no puede hacer otra cosa que pagar la contribución, no se sostiene.

Entonces resulta, como decíamos antes, que cuando ese supuesto se produce, al constituir el régimen de propiedad horizontal, los promotores declaran la finca que sirve elemento común de aquélla a cuyo servicio se adscribe. Y si se destina para que la aprovechen varios edificios, la adscriben como elemento común de ellos por partes indivisas.

Nos encontramos, pues, con frecuencia con elementos comunes que no forman parte de la finca a la que sirven. Pero conviene perfilar o concretar en qué pueden consistir esos elementos comunes, situados fuera de la finca a la que se adscriben, para evitar confusionismos, y determinado eso estudiar la forma de inscribirlos en el Registro de la Propiedad.

La voluntad no puede ser determinante en todo caso. En muchas ocasiones, los promotores de viviendas, para resolver un problema de utilidad comercial, declaran o tratan de configurar como elemento común de un edificio, o de varios, cosas que objetivamente no lo son y jurídicamente tampoco pueden serlo.

Hemos tenido ocasión de ver, por ejemplo, que una vivienda de un edificio, al constituir a éste en régimen de propiedad horizontal, se adscribía como elemento común de la propia casa en que radicaba y de otras dos más completamente independientes, por terceras partes indivisas, fundándose en que se destinaba a vivienda de un conserje que prestaría sus servicios en los tres inmuebles. En este caso lo que se iba a usar en común por los titulares de los tres inmuebles era el trabajo del conserje y por una inmediata trasposición de conceptos se declaraba elemento común la vivienda que había de ocupar el empleado. Por ello, repetimos, para decidir lo que puede ser elemento común de un edificio hay que atender, no sólo a su posible localización, sino a su condición objetiva; la voluntad no es determinante en todo caso.

El artículo 396 del Código civil, en la nueva redacción que le dio la Ley de 21 de julio de 1960, nos habla de "los demás elemen-

tos comunes del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute”.

El artículo contrato “del”, en la expresión “elementos comunes del edificio” cabría entenderlo literalmente como que han de ser elementos “integrantes” de ese edificio. Pero también puede, y creemos que debe, entenderse como que “estén al servicio del edificio”.

Esta segunda interpretación se refuerza si pensamos que el artículo 3.º de la L. de P. H., que desarrolla lo anterior, se refiere a “los restantes elementos, pertenencias y servicios”. Esto es mucho más amplio. La pertenencia es un concepto claro a estos efectos, si pensamos en el concepto contrario que es el de parte integrante. Parte integrante es una de las partes que forman una cosa compuesta. Pertenencia no es una parte de una cosa, sino una cosa, con individualidad, unida con carácter de permanencia y dependencia a otra cosa por razón de destino.

Servicio, en el sentido que emplea la Ley, creemos que puede definirse como aquel elemento o conjunto de elementos, que funcionan para usar de ellos de una manera directa o para usar de otros elementos gracias a aquel.

Por tanto, ni el Código civil ni la L. de P. H. exigen que los elementos comunes tengan que ser parte integrante siempre del edificio o finca de la que son servidores.

La otra exigencia del artículo 396 del Código civil, la de que sean necesarios para el adecuado uso y disfrute de las viviendas y locales, no puede interpretarse como que hayan de tener el carácter de imprescindibles. El concepto de lo necesario es muy elástico y dependiente de muy variadas circunstancias. A lo que sí parece que vincula esa expresión es a que sea “necesario” desde un punto de vista, todo lo amplio que se quiera, pero no estrictamente subjetivo como antes apuntábamos.

Concretando más, y partiendo de esas premisas generales, los distintos supuestos posibles de elementos comunes no radicantes en la finca a la que sirven, unos admisibles y otros no, que hemos tenido ocasión de estudiar son: 1.º Derecho real, servidumbre, sobre finca independiente. 2.º Finca independiente no edificada. 3.º Finca independiente edificada. 4.º Parte material de otra finca independiente.

Veamos cada uno por separado:

1.º Derecho real, servidumbre, sobre finca independiente.

No ofrece dificultad alguna puesto que la propia L. de P. H. las enumera como posible elemento común de una finca. Naturalmente ha de tratarse de servidumbre real puesto que son las únicas, por su naturaleza, que pueden estar al servicio del edificio, o sea, de otra finca distinta a aquella sobre la que recaen, y ser objetivamente necesarias para el adecuado uso y disfrute de la finca dominante.

2.º Finca independiente no edificada.

En 1964 por Decreto de 3 de diciembre se desarrolló la Ley especial del Municipio de Barcelona y en su artículo 134 se estableció lo siguiente:

“La propiedad de los terrenos no edificables que permanezcan de propiedad común a la titularidad de varias fincas, se considerarán parte integrante de las parcelas edificables, de modo que ambas propiedades resulten inseparables, y quedará establecida una comunidad obligatoria sobre la superficie de todas ellas atribuyendo a cada propietario de las fincas a que se adscriban una cuota indivisa sobre la nueva finca común proporcional al respectivo volumen edificable.”

Hemos traído aquí literalmente el texto de este artículo, no obstante ser de una disposición legal referida sólo a Barcelona, porque en él, al regular las reparcelaciones urbanísticas, se manejan unos conceptos justos y precisos en relación al problema que estamos estudiando. Veámoslos.

“Propiedad común a la titularidad de varias fincas.”

He aquí una propiedad que la ostentan quienes sean propietarios de otras fincas y precisamente por el hecho de serlo.

“Esa propiedad común se considerará parte integrante de las otras parcelas de modo que ambas propiedades resulten inseparables.”

Con esto se quiere lograr la adscripción en su forma más intensa, y en el último inciso tenemos lo que en la propiedad horizontal veíamos como imposibilidad de enajenación del derecho sobre el elemento común con independencia del elemento principal.

“Atribución a cada propietario de las fincas a que se adscriba de una cuota indivisa sobre la finca común.”

La finca independiente es elemento común de otras.

Hay que señalar, por último, que la finca elemento común de otras, está calificada como no edificable.

El Reglamento de Reparcelaciones, dado por Decreto de 7 de abril de 1966, no referido a ninguna población concreta, sino de ámbito general, en su artículo 24, número 1-11, dispone lo siguiente, al regular la forma de reparcelar:

“Se establecerán... normas sobre atribución... de espacios libres aledaños a los solares edificables, formen o no una sola finca con éstos.”

Los solares edificables y la finca o espacio libre que se le adscribe no tienen que formar necesariamente una sola finca.

Si al hacer una reparcelación urbanística se adscribe una finca en su totalidad, zona de jardín por ejemplo, a otra parcela edificable, lo que nace es un derecho de propiedad cuyo titular se determina de forma subjetivamente real. El propietario de la parcela edificable, o propietarios si son varios, por el hecho de ser dueño de ésta será propietario de la otra.

Y es claro que, como las parcelaciones y reparcelaciones urbanísticas sirven para crear solares en los que se podrán edificar tanto edificios por pisos como viviendas unifamiliares, resultará que los espacios libres de que habla ese Decreto, serán atribuidos a los que vayan a resultar propietarios de esos edificios en régimen de propiedad horizontal o de las viviendas independientes, chalets, etc. Serán, pues, las fincas, zonas libres, elemento común de otras fincas.

En este Reglamento se emplea una expresión sinónima a la del Decreto de 1964 visto antes, en cuanto a su sentido limitativo; se refiere a “zonas libres” que sólo cabe interpretar como no edificables. Más adelante trataremos de matizar este concepto.

3.º Finca edificada.

La única disposición legal que hemos encontrado que, de manera terminante, se refiere a que una finca independiente sea elemento común de otra u otras, condiciona tal supuesto a que la finca sirviente (la llamaremos así por brevedad), sea "espacio libre".

Por ello parece que una finca edificada o edificable no puede ser elemento común de otra u otras.

Pero quizá convenga matizar lo que la Ley quiere significar con esto.

En primer término creemos que se refiere a edificaciones de viviendas y no a cualquier clase de construcción. Suponer que en cuanto se construya algo, sea lo que sea, ya no puede ser elemento común parece excesivo; piénsese que en esa zona libre, jardines, por ejemplo, se pueden hacer construcciones con fines recreativos, decorativos o de servicios, pérgolas, bancos, estanques, piscinas, zonas de juegos infantiles, etc., que en nada alteran su condición de zona libre o de expansión, complemento de las viviendas.

Por último, hay que tener en cuenta que la condición de zona libre o no edificable, puede venir impuesta por las autoridades urbanísticas o por los propios promotores dueños de las fincas, que las declaran no edificables al destinarlas como elemento común de otra edificada o edificable. Pero como no hay predios que por naturaleza sean inedicables, lo que se quiere significar es que para ser elemento común de un edificio de viviendas es preciso que se declare no edificable la zona en cuestión y que podrá tener ese destino mientras no se cambie esa condición añadida.

Es frecuente que el solar que rodea un edificio de viviendas se declare elemento común no edificable de aquél, y después, por ser por naturaleza edificable, se segregue desafectándolo en todo o en parte de su destino primitivo y se edifique en él.

4.º Parte material, o sea, espacio delimitado de otra finca.

Un espacio delimitado de una finca puede ser objeto de un derecho real de servidumbre, derecho que puede ser elemento común de otra finca según hemos visto en el apartado 1.º precedente.

Ahora nos referimos a la posibilidad de que un espacio delimitado, una parte material de una finca, pueda adscribirse como elemento común de otra. Estos espacios, objetos individualizados de un derecho, se encuentran en la propiedad horizontal y pueden ser de dos clases:

a) Espacios delimitados accesorios sin asignación de tanto por ciento en la copropiedad de los elementos comunes. Por ejemplo, un anejo o bien otro espacio, no anejo de vivienda o local, al cual no se le haya asignado tanto por ciento en los elementos comunes del edificio, porque se pretenda que sea elemento común de otra edificación. Por ejemplo, una zona de un edificio que se destine a garaje de otro.

Al principio de estas notas examinamos la imposibilidad de que un anejo pudiese estar fuera del edificio donde estaba la vivienda a la que servía, es decir, que un espacio determinado de un edificio pudiese ser anejo de una vivienda de otro.

Las razones que allí se exponían para rechazar tal posibilidad eran:

Primera.—Que la propia Ley de P. H., en sus artículos 5.º y 8.º, rechaza tal supuesto, y

Segunda.—La anómala situación que se produciría con una propiedad sobre una parte del edificio que no podría seguir el régimen legal que la Ley establece para los propietarios de ese edificio.

Esta segunda razón, expuesta, repetimos, con más detalle al principio de estas notas, es el primer motivo que encontramos para rechazar el que una parte material de un edificio de pisos sin tanto por ciento asignado en los elementos comunes del mismo, se pueda adscribir como elemento común de otra finca.

Y aún cabe alegar otro obstáculo más: Si una finca edificada no puede ser elemento común de otra (apartado 3.º precedente), no se nos alcanza ninguna razón para que si la edificación total no puede ser elemento común, pueda serlo una parte material de ella.

b) Espacios delimitados principales que tienen asignado tanto por ciento en los elementos comunes del edificio en que radican. Por ejemplo una vivienda.

La misma razón que se alegaba en el último inciso del apartado a), para rechazar la posibilidad de que se adscriba como elemento común de un edificio un espacio delimitado sin tanto por ciento en los elementos comunes, es válida para rechazarlo también cuando ese espacio tenga asignado tanto por ciento.

Con lo dicho podemos hacer el resumen de los posibles elementos comunes con que puede contar un edificio en propiedad horizontal.

Las partes integrantes del propio edificio o finca.

Las pertenencias radicantes en el mismo por destino.

Los derechos reales limitativos, servidumbres reales, sobre otras fincas.

Una finca independiente siempre que no sea edificable, o en tanto no se edifique, entendiéndose por edificable la construcción destinada a habitación o sea vivienda o locales susceptibles de aprovechamiento principal independiente.

Inscripción en el Registro de la Propiedad de los elementos comunes situados fuera de la finca a la que sirven.

Servidumbres.

Si el elemento común es un derecho de servidumbre, ya hemos visto que la única particularidad consistía en que al inscribir el inmueble dominante en su conjunto, su constitución en régimen de propiedad horizontal, había que hacer constar sus elementos comunes, y al ser uno de ellos una servidumbre hay que describirla someramente haciendo referencia a su clase, contenido, finca sirviente y tomo, folio e inscripción en que conste registrada la misma.

Es necesario en todo caso que la servidumbre esté previamente inscrita en el folio de la finca sirviente. Si no lo estuviera y se relacionara en el folio del dominante introduciríamos en el Registro una mención de un derecho susceptible de inscripción separada, a todas luces improcedente según el artículo 29 de la Ley Hipotecaria y el 355 de su Reglamento.

Finca independiente.

Si el elemento común es una finca independiente no ofrece tampoco dificultad su reflejo en el Registro.

El acta de inscripción contendrá un derecho de propiedad y una adscripción, adscripción que determinará de forma subjetivamente real, para el futuro, la titularidad dominical.

La finca sirviente se inscribirá inicialmente a favor del propietario que la adscribe como elemento común del edificio en propiedad horizontal, y al practicar la inscripción de este régimen se describirá aquella otra finca como uno de los elementos comunes con que cuenta el edificio, refiriéndose a la inscripción de la finca sirviente. Creemos que en este caso hay una exigencia igual que la que vimos en el caso de las servidumbres. La finca elemento común debe estar también registrada. No basta con que el propietario de la finca principal afirme, en la escritura de constitución en propiedad horizontal, que uno de los elementos comunes es otra finca destinada a X servicios y la describa. Si no está inscrita y registrada, al tiempo o previamente, su afección y se describiese en el folio de la finca principal como uno de sus elementos comunes, se incurriría en el mismo defecto apuntado anteriormente.

Este defecto debe originar la suspensión o denegación, según los casos, del acceso al registro de ese elemento común. Podrá inscribirse la constitución en propiedad horizontal, pero sin incluir entre sus elementos comunes la finca en cuestión.

Los condueños de la finca elemento común vendrán determinados en el futuro, cuando los pisos se vendan, por las inscripciones de los pisos; en realidad lo mismo sucede con los elementos comunes que son parte integrante del edificio de pisos, toda vez que en el folio registral de éste no constan los sucesivos copropietarios de los elementos comunes integrantes del mismo, que también están determinados en las inscripciones separadas de los pisos.

En la práctica es frecuente, hemos tenido ocasión de verlo muchas veces, que ante la duda de si todo esto era posible o no, se trataba de resolver el problema vendiendo a cada propietario de una vivienda, una parte indivisa de la finca separada, accesoria en su destino a las viviendas, igual a su porcentaje en los elementos comunes. No era una solución satisfactoria porque la copropiedad que sobre ella se establecía no era acorde con su auténtico destino, ya que se creaba una comunidad vulgar, distinta a la que la Ley de P. H. regula sobre los elementos comunes.

Aunque, no es frecuente, nada hay que impida que la adscripción de una finca como elemento común de otra, se haga después de constituida ésta en propiedad horizontal. La inscripción de la finca sirviente se hará exactamente igual que en el supuesto anterior, y lo único que cambiará es que, al suponer tal acto una modificación de la entidad hipotecaria principal, se hace preciso practicar en el folio de ésta una inscripción que refleje esa ampliación de sus elementos comunes.

Y para terminar, si el supuesto es el contrario, es decir, si una finca adscrita como elemento común de otra, se desafecta después por un acto de disposición de todos sus cotitulares, procederá inscribir el acto de desafectación en el folio de la finca que deja de ser elemento común y practicar otra inscripción en la finca principal, para reflejar la modificación, en este caso reducción, de sus elementos.

ISIDORO DELGADO ROLLAN

Registrador de la Propiedad



JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO.

REGISTRO MERCANTIL

1. **EXTRANJEROS.—INVERSIONES EXTRANJERAS.**—NO SE REQUIERE LA AUTORIZACIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS, QUE PRECEPTÚA EL ARTÍCULO 5.º DEL DECRETO-LEY DE 27 DE JULIO DE 1959, PARA EL CASO DE QUE LA PARTICIPACIÓN EXTRANJERA EXCEDA DEL 50 POR 100 DEL CAPITAL DE LA EMPRESA, CUANDO ESTA PARTICIPACIÓN CORRESPONDE A EXTRANJERO RESIDENTE EN ESPAÑA Y LA INVERSIÓN SE HACE CON CAPITAL ÍNTEGRAMENTE ESPAÑOL. EN ESTE CASO, EL RÉGIMEN APLICABLE ES EL DE LIBERTAD ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Resolución de 22 de julio de 1970 («B. O.» de 9 de septiembre).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura de 4 de diciembre de 1962, otorgada ante el Notario de Barcelona, don José Gramunt Subiela, se constituyó la Compañía mercantil "Nativa, S. A.", que fue inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 2 de junio de 1964, con un capital de 500.000 pesetas, representado por 200 acciones de 2.500 pesetas cada una, de las cuales 197 pertenecían a don Roger Cantaloup Bruno, de nacionalidad francesa, y residente desde hacía tiempo en Barcelona, donde ejercía el comercio; una acción pertenece a doña Simone Rossignol de Cantaloup, otra a doña Suzanne Camps de Rossignol y la acción restante a "Prenatal, S. A."; que en Junta general extraordinaria

celebrada el 2 de marzo de 1967, con asistencia de todos los socios de "Nativa, S. A.", se acordó aumentar el capital social en 500.000 pesetas, representadas por 200 nuevas acciones de 2.500 pesetas cada una, que se adjudicaron, previa renuncia de los otros accionistas al ejercicio del derecho de suscripción preferente, en su totalidad, al citado don Roger Cantaloup Bruno, por la aportación de un establecimiento mercantil de su propiedad, que venía funcionando legalmente bajo el nombre de "Galerías Maldá", en la calle del Pino, número 5, de Barcelona, modificándose, en consecuencia, el artículo 5 de los Estatutos sociales, referente al capital social, que se fijó en un millón de pesetas, representado por 400 acciones ordinarias al portador, de 2.500 pesetas cada una; que el 3 de marzo del mismo año se expidió certificación en que constan los anteriores acuerdos y la autorización al Presidente del Consejo de Administración, don Roger Cantaloup Bruno, para otorgar la correspondiente escritura, y que, en cumplimiento de lo dicho, el mismo 3 de marzo de 1969 se otorgó, ante el Notario de Barcelona, don José María Vilar y de Orovío, el procedente instrumento público.

Presentada en el Registro primera copia del mencionado documento fue calificada con nota que en la parte que interesa dice lo siguiente: "No practicada operación alguna respecto al aumento de capital, suscripción y desembolso de acciones y modificación del artículo 5 de los Estatutos sociales, por superar la participación extranjera en el capital de la Sociedad el 50 por 100 del mismo y no acreditarse la previa autorización del Consejo de Ministros, preceptuada por el artículo 5 del Decreto-ley de 27 de julio de 1959".

El Procurador don Ramón Barbany Pons, en representación de la Compañía mercantil "Nativa, S. A.", interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que cuando el señor Cantaloup Bruno era titular del establecimiento mercantil "Galerías Maldá", de la calle del Pino, número 5, de Barcelona, dada su calidad de extranjero "residente", estaba plenamente autorizado para ejercer el comercio en España, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Código de comercio, el cual no impone limitación alguna en cuanto a capital extranjero, pero sin que pudiera transferir en divisas fuera del país los beneficios de dicho negocio; que, por tanto, al aportar tal negocio a la Sociedad, el señor Cantaloup no ingresaba en la misma capital procedente de transferencia a España de divisas extranjeras, sino bienes consistentes en un establecimiento mercantil adquirido en España con dinero español y legalmente autorizado, sin estar comprendido, por consiguiente, en las limitaciones del Decreto-ley de 27 de julio de 1959; que hay que tener en cuenta que el citado Decreto-ley modificó en sentido liberalizador la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 24 de noviembre de 1939, la cual establecía limitaciones de capital extranjero en cuanto a industrias, pero sin que contuviese ninguna prohibición respecto al comercio, como lo demuestra el hecho de que en el período de tiempo comprendido en los años señalados se inscribieron múltiples sociedades comerciales sin ninguna limitación de capital extranjero; que la repetida disposición elevó al 50 por 100 la participación autorizada de capital extranjero en las industrias, pero sin duda por un error de terminología sustituyó la palabra "industrias" por "empresas", lo que produjo el lógico confusiónismo, y que no es lógico que si con anterioridad las Entidades comerciales no tenían limitación alguna en cuanto a participación de capital extranjero, sufran la restricción de un 50 por 100 en virtud de una disposición liberalizadora que se proponían estimular la afluencia de capital extranjero para favorecer el desarrollo español.

El Registrador mercantil mantuvo su calificación por los siguientes

fundamentos: Que el primer razonamiento del recurrente es perfectamente admisible, pero inaplicable al presente caso por oponerse al contenido normativo del artículo 5 del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, cuyas razones pueden ser de tipo extraeconómico, y que la aplicación de las disposiciones legales ha de ajustarse a su texto, sin que quepa presumir que el legislador quiso decir algo distinto a lo dijo, por lo cual siempre que la participación extranjera en el capital de una Empresa supere el 50 por 100, hay que exigir la previa autorización del Consejo de Ministros, cualquiera que sea el origen de aportación.

El 11 de febrero de 1970 se acudió en consulta a la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, acerca de si un extranjero residente en España puede participar en una Sociedad española con aportación superior al 50 por 100, sin necesidad de la previa autorización del Consejo de Ministros, cuando el capital aportado es íntegramente español por su origen, contestando dicho Organismo el 10 de abril del mismo año que no era necesaria dicha autorización por no encontrarse comprendido dentro de los supuestos que la requieren en la legislación vigente (Decreto-ley de 27 de julio de 1959), y que si se quería incluirlas era indispensable dictar una disposición legal de igual rango, que haga extensivos expresamente sus preceptos a tal supuesto.

Y, por fin, la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó revocar la nota del Registrador (1) considerando lo siguiente:

B) *Doctrina de la Dirección.*—En este expediente se plantea la cuestión de si la previa autorización del Consejo de Ministros está establecida en el artículo 5.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, para "el caso de que la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la Empresa", se requiere, igualmente, en los supuestos en que esta participación tiene lugar mediante aportación hecha por extranjero residente en España y con capital íntegramente español.

El Decreto-ley de 27 de julio de 1959 significó un profundo cambio respecto de la legislación entonces en vigor (Ley de 5 de noviembre de 1939, de Protección a la Industria Nacional), en cuanto que pretendió, según declara en su preámbulo, "adoptar las previsiones oportunas para obtener el máximo rendimiento a las aportaciones de capital extranjero" y, por eso, en el artículo 1.º somete la transferencia a España de capitales en moneda extranjera para la modernización, ampliación o creación de empresas españolas "en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España y de acuerdo con lo establecido en este Decreto-ley"; en cuyo artículo 5.º exige la previa autorización del Consejo de Ministros cuando la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la Empresa objeto de la inversión.

Del estudio y análisis del citado artículo 1.º del Decreto de 27 de julio de 1959, juntamente con el también artículo 1.º del Decreto de 24 de diciembre del mismo año, que enumera las formas que puede revestir la inversión de capital extranjero, resulta que esta variada y abigarrada legislación se aplica exclusivamente a los supuestos en que el sujeto activo aportante sea un español con residencia habitual en el extranjero, o un extranjero o persona jurídica extranjera de naturaleza privada siempre que el objeto de la aportación proceda además del exterior, pero sin que se encuentren comprendidos los casos en que la inversión lo es de moneda o capital nacional.

Esta conclusión aparece avalada por el informe de la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, al que se hizo

(1) *Vistos:* Los artículos 15 del Código de Comercio; 1 y 5 del Decreto-Ley 16/1959, de 27 de julio; 1.º del Decreto 2320/1959, de 24 de diciembre, y la Orden de 15 de marzo de 1962.

antes referencia, que indica no cabe una aplicación extensiva del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, dado su carácter restrictivo, sin olvidar por otra partes que la Exposición de Motivos se refiere reiteradamente a las aportaciones de capital extranjero y que cuando el legislador ha querido referirse a personas extranjeras lo ha matizado perfectamente, como ocurre en el Decreto de 22 de marzo de 1962, que prohíbe la transmisión a extranjeros de determinados bienes inmuebles de naturaleza rústica, o en la Orden de 15 de marzo del mismo año, sobre inversiones extranjeras por compra de valores mobiliarios españoles, en donde, tras establecer un régimen similar al del Decreto-ley de 1959, establece que "las personas físicas extranjeras residentes en España podrán realizar dichas adquisiciones con pesetas, si bien no gozarán de los derechos de transferencia de beneficios y capitales que para los otros casos se establece".

En consecuencia, al no estar comprendido el supuesto de este expediente dentro de la limitación del artículo 5.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, tantas veces citado, el régimen aplicable al súbdito extranjero con residencia en España que quiere invertir capital íntegramente nacional en sociedades españolas, será el general establecido en el artículo 15 del Código de Comercio, que sanciona el sistema de libertad, salvo lo establecido en Tratados y Convenios internacionales.

C) *Comentario.*—1. *La nota del Registrador se apoya exclusivamente en el artículo 5 del Decreto-ley de 27 de julio de 1959. Su informe, aunque considera perfectamente admisible el primer razonamiento del recurrente, se limita a insistir en el texto del referido precepto: no cabe presumir que el legislador quiera decir algo distinto a lo que dice.*

2. *Las alegaciones del recurrente pueden resumirse en dos:*

1.ª *Que la aportación se hace con un capital consistente en un establecimiento mercantil sito en España, sin que ingrese en la Sociedad capital procedente de transferencia a España de divisas extranjeras, porque el establecimiento aportado fue adquirido en España con dinero español. Alega, pues, sencillamente, que la limitación del artículo 5 del Decreto sólo juega en el ámbito previamente delimitado por el artículo 1.º del mismo.*

2.ª *Que la limitación de la Ley de 1939 se refería solamente a la industria y una norma de liberalización, como la del Decreto de 1959 (elevar del 25 al 50 por 100 la participación exenta de autorización gubernativa), no podía incluir supuestos nuevos, por lo que la sustitución de la palabra industrias por la de empresas debe considerarse un intrascendente "lapsus".*

3. *La Dirección General no recoge en ningún sentido la alegación segunda. Acaso por considerar superadas las discusiones doctrinales sobre el ámbito del Decreto-ley de 1959, o por no estimar justificado que "Nativa. S. A." sea una Sociedad mercantil estrictamente mercantil por su objeto (2). Toda la argumentación de la Resolución se orienta en la dirección del alegato primero del recurrente.*

(2) Estas discusiones sobre el ámbito del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 fueron el primer problema que planteó el mismo. Aunque la resolución no tome en consideración la segunda alegación del recurrente, al menos para desecharla, no podemos estimar el problema resuelto, ni la doctrina unánime. Los argumentos de interpretación legal de Miguel JUSTO IRIBARREN («Revista Jurídica de Cataluña», 1960, pág. 255) y VALLET DE GOITISOLO (Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1960, II, pág. 593) siguen teniendo valor. Para estos autores la

Queremos adelantar que estamos plenamente conformes con el fallo de la Resolución y con el contenido sustancial de los considerandos. A pesar de ello consideramos conveniente colocarnos primero en una postura de crítica de éstos.

El considerando primero comienza por consagrar un concepto jurídico cuya validez, desde el punto de vista de las normas limitativas de los derechos del extranjero, es precisamente la duda que el caso plantea: el concepto de capital íntegramente español de un extranjero.

El considerando segundo está dedicado a exponer la idea fundamental del Decreto-ley de 1959: beneficiar a la economía nacional con las aportaciones o inversiones de capitales en moneda extranjera, poniendo el obstáculo de la autorización gubernativa solamente a la aportación superior al 50 por 100 del capital de la Empresa.

El tercero, apoyándose en el artículo 1.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959, sienta la doctrina de que todas las disposiciones de esta variada y abigarrada legislación restrictiva de las inversiones extranjeras se aplican siempre que el objeto de la aportación proceda del exterior, pero

idea fundamental continúa en la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional y el emplear la palabra empresas el Decreto-Ley de 1959, y no el de Industrias, no puede significar, a la vista del Memorándum dirigido por el Gobierno al Fondo Monetario Internacional y a la O. E. C. E. y de las mismas frases de la Exposición de Motivos del mismo Decreto-Ley, que se pretendiese introducir una limitación que no tenían las Sociedades mercantiles no industriales. La más completa argumentación contraria la podemos encontrar en V. GARCÉS BRUSÉS (*Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1962, págs. 48 a 60). Una Orden de 10 de febrero de 1960, creando un Registro de valores y participaciones industriales en poder de extranjeros, alentó la tesis de excluir del Decreto-Ley al comercio, y otra Orden de 15 de marzo de 1962, al derogar la Orden anterior y sustituir dicho Registro especial por declaraciones a la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio fue haciendo prevalecer la tesis defendida por GARCÉS BRUSÉS.

PELAYO HORE (*«Revista de Derecho Notarial»*, tomo LII, año 1966, pág. 246) sigue encontrando desprovista de fundamento la opinión de que la nueva legislación de inversiones se extiende por igual a las sociedades y empresas cuyo objeto sea el comercio que a las industriales, opinión extendida por una interpretación rigorista de la reseñada Orden de 1962. Y añade que después del Decreto de 18 de abril de 1963 se podrá constituir una industria siderúrgica con capital extranjero sin limitación, pero no una modesta tienda de comestibles.

También LUCAS FERNÁNDEZ [obra citada, en nota (6), pág. 290] encuentra justificadas las protestas de PELAYO HORE, pero se resigna a reconocer que en la práctica jurídica se viene entendiendo aplicable a las sociedades y empresas comerciales la restricción del 50 por 100 de participación de extranjeros en ellas.

La solución definitiva de este problema, a la que la Dirección General se ha resistido a contribuir, suponemos que la dará el futuro texto refundido de inversiones extranjeras, al cubrir las lagunas advertidas y regular los problemas de derecho transitorio.

Seguramente en este campo la antigua separación de agricultura, industria y comercio ha dejado de tener actualidad. Una resolución del I. E. M. E. de 19 de julio de 1961, cuando limita las operaciones al débito de las llamadas cuentas extranjeras en pesetas interiores, admite las encaminadas a la adquisición de fincas para uso y disfrute del titular extranjero que no representen inversiones con fines de orden comercial, industrial o agrícola. Este unitario trato de las tres ramas de la economía es un significativo indicio de que también en materia de inversiones extranjeras la arcaica clasificación trimembre de ramas de la economía ha dejado de ser eficaz. Si la inversión extranjera se pretende canalizar hacia sectores concretos con preferencia a otros, los criterios no pueden ser tan simples como el de distinguir agricultura, industria y comercio. Por ello estimamos que la futura refundición debe tener un planteamiento amplio, precedido de un cuidadoso análisis de la muy diversa finalidad de todas y cada una de las disposiciones vigentes referentes a los extranjeros y no limitarse a la mejora y puesta al día del Decreto de 1959.

no cuando la inversión es de moneda o capital nacional. Esta conclusión deriva de interpretar todo el Decreto como un conjunto armónico en el cual el artículo 5.º, directamente conectado con el 1.º, llama participación extranjera, única y exclusivamente, a la que ha contemplado en éste, o sea, la participación por inversión de un capital en moneda extranjera transferida a España desde el exterior. Esta puede ser una interpretación razonable, pero como deja carente de regulación el régimen de la participación de los extranjeros en las empresas españolas cuando la aportación no derive de ninguna transferencia a España de moneda extranjera, este considerando debía descartar previamente la interpretación contraria que el Registrado mantuvo, según la cual el artículo 5.º tendría una sustantividad propia, derivada de su texto literal, desconectada del artículo 1.º, y un ámbito diferente y más amplio, pues se referiría a toda participación de un extranjero con o sin transferencia a España de moneda extranjera.

Donde parece quedar descartada esta interpretación es en el considerando cuarto por medio de tres argumentos de muy diversa naturaleza:

1. El criterio de la Oficina de Inversiones Extranjeras de la Presidencia del Gobierno, contenido en el informe evacuado en la consulta hecha por la Dirección General, y que da carácter restrictivo al Decreto-ley.

2. La Exposición de Motivos del Decreto-ley que se refiere reiteradamente a las aportaciones de capital extranjero.

3. El conjunto de la legislación restrictiva de las actividades económicas de los extranjeros y residentes en el extranjero dentro de la cual hay que distinguir las normas que, como el referido Decreto-ley, se refieren a las aportaciones de capital extranjero y aquellas otras que hacen referencia a personas extranjeras, como el Decreto de 22 de marzo de 1962 (sobre adquisiciones de fincas rústicas) o la Orden de 15 de marzo de 1962, en la que se hace expresa referencia a las adquisiciones de títulos mobiliarios con pesetas por las personas físicas extranjeras residentes en España. En toda esta legislación cuando no se matiza perfectamente que se está tratando de la persona extranjera por su simple carácter de extranjero hay que entender que se está refiriendo a su aportación de capital extranjero (transferencia a España en divisas).

El valor de estos tres argumentos es muy desigual. No puede desconocerse la autoridad de la Oficina de Inversiones para opinar sobre materia tan íntimamente relacionada con su competencia específica. La Exposición de Motivos habla dos veces de aportaciones de capital extranjero y llama Decreto-ley sobre inversiones extranjeras a la disposición que nos ocupa; pero no da ninguna definición de capital extranjero ni de inversión extranjera. El argumento decisivo debe ser el análisis del conjunto de la legislación sobre extranjeros y residentes en el extranjero. tan imprecisa sobre el punto que tratamos de averiguar que hace imposible toda afirmación segura. Así, por ejemplo, la alegación que el considerando cuarto hace del artículo 1.º de la Orden de 15 de marzo de 1962, para separar extranjero de capital extranjero no es concluyente. Lo que ocurre es que dicho artículo considera las pesetas del extranjero pasadas por el tamiz de la clasificación y manejo diverso de pesetas convertibles transferibles e interiores, clasificación que no cabe desconocer para ese intento de deslinde entre restricciones legales derivadas de la mera condición de extranjero de aquellas otras derivadas de la mera introducción de divisas en España. Con ello no queremos decir que en dicha Orden no haya elementos valiosos (prescindiendo de su rango como norma

jurídica) para dar luz sobre el régimen de los extranjeros residentes en España cuando manejan pesetas no procedentes del contravalor de divisas extranjeras.

4. La cuestión planteada en el recurso, consiste simplemente en dilucidar si los artículos 1.º y 5.º del Decreto-ley de 27 de julio de 1959 están totalmente coordinados de tal manera que la autorización del Consejo de Ministros, establecida por el 5.º, sólo es necesaria cuando la participación extranjera (además de exceder del 50 por 100) se efectúa con el contravalor de divisas resultantes de la transferencia a España de capitales en moneda extranjera. O si, por el contrario, la limitación del artículo 5.º, sin perjuicio de aplicarse ante todo al referido supuesto del artículo 1.º (no obstante, las palabras "invertir libremente", deslizadas en él), tiene un ámbito mayor, que se extiende a toda aportación de capital hecha por un extranjero, aunque no haya implicado ninguna transferencia (mediata o inmediata) de moneda extranjera (3).

Si entendemos lo primero, el Decreto-ley tiene más armonía, pero deja sin regular las aportaciones del segundo tipo, salvo que se entienda que para ellas sigue vigente la regulación y el límite (25 por 100) de los artículos 5 y 6 de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de noviembre de 1939, lo cual no parece muy defendible dados los términos de la norma derogatoria contenida en el artículo 13 del Decreto-ley de 1959. Al no admitir la subsistencia del límite del 25 por 100, la consecuencia de aquella interpretación primera será que las inversiones extranjeras no procedentes de transferencia de moneda extranjera quedan libres de la autorización gubernativa. Esto a pesar de que no desentonaría de la tónica de la exposición de motivos del Decreto-ley, no ha parecido muy lógico a muchos autores.

(3) Ante la imposibilidad de dar el texto ni siquiera la referencia de la copiosa legislación sobre inversiones extranjeras, cuyo desarmónico conjunto ha de manejarse en el intento (fallido) de encuadrar nuestro caso, nos limitaremos a transcribir para comodidad del lector los tres preceptos más inmediatamente decisivos, entre los citados en el «vistos» de la Resolución:

Art. 1.º del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959:

Los españoles con residencia habitual en el extranjero, los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras de naturaleza privada podrán transferir a España sus capitales en moneda extranjera admitida a cotización en el mercado español de divisas, para invertir libremente su contravalor, según las modalidades que reglamentariamente se señalen, en la modernización, ampliación o creación de empresas españolas en igualdad de condiciones que los nacionales residentes en España y de acuerdo con lo establecido en este Decreto-Ley.

Art. 5.º del mismo:

Para que la participación extranjera exceda del 50 por 100 del capital de la empresa objeto de la inversión, se requerirá la previa autorización del Consejo de Ministros.

Art. 1.º del Decreto de 24 de diciembre de 1959:

Las inversiones de capital extranjero para la modernización, ampliación o creación de empresas españolas, a que se refiere el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, podrán revestir las siguientes modalidades, conjunta o separadamente:

- a) Transferencia a España de divisas extranjeras, admitidas a negociación en el mercado español, para aportar directamente su contravalor en pesetas a la empresa española.
- b) Aportación directa a la empresa española de equipo capital de origen extranjero cuya valoración será la que se fije a efectos de derechos arancelarios.
- c) Aportación directa... de pesetas... transferibles...
- d) Aportación directa... de pesetas... convertibles...
- e) Aportación directa a la empresa española, previa autorización y valoración por el Ministerio competente, de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación.

5. *La doctrina española no es ni diáfana ni uniforme al enfrentarse con este problema. Trataremos de resumir algunas autorizadas opiniones que se refieren más o menos directamente a nuestro caso.*

a) *Entre las opiniones que nos parecen contrarias a la doctrina sentada por la Resolución destacaremos las de PELAYO HORE, GARCÉS BRUSÉS y LUCAS FERNÁNDEZ.*

— PELAYO HORE (4) dice que el Decreto-ley de 1959, etc., mantiene, en lo que se refiere a la participación extranjera en empresas españolas, el criterio de la nacionalidad prescindiendo del de residencia; pero en lo que se refieren a tráfico de divisas o moneda extranjera, si bien en principio sigue rigiendo el de residencia, no se mantiene con la misma crudeza que en la Ley de Delitos Monetarios de 23 de diciembre de 1938, puesto que la posibilidad de importar capitales se otorga también a los extranjeros residentes en España (sólo el español residente en España no disfruta de tal beneficio). No ve claro PELAYO que se permita a los extranjeros residentes en España la importación de divisas y moneda extranjera y la tenencia de pesetas tanto convertibles como normales: el ser extranjero residente en España es más favorable que ser español residente en España o ser residente en el extranjero (español o extranjero). Pero este régimen favorable se refiere al tráfico de divisas y a la posibilidad de tener en España pesetas convertibles o normales; pero a efecto de rebasar los topes de participación extranjera en empresas españolas (el 50 por 100), el español, aunque resida en el extranjero, sigue siendo español y el extranjero, aun residiendo en España, sigue siendo extranjero. Las restricciones en materia de política monetaria están inspiradas en el criterio de residencia; por el contrario, las restricciones en materia de control de empresas están inspiradas en el de nacionalidad; no tienen nada que ver con la moneda, sino con el control de la industria y afectan a los extranjeros aunque residan en España, más no a los españoles aunque residan en el extranjero. Sin embargo, la claridad de este criterio diferencial quedó empañada en el Decreto-ley de 18 de abril de 1963 que, confundiendo ambas cosas en lugar de contraerse a los extranjeros (residentes o no) se refirió también a los españoles residentes en el extranjero.

— GARCÉS BRUSÉS (5) aborda directamente el problema y dice que el legislador de 1959 al enfrentarse con el tema de las inversiones procedentes del exterior ha atendido, como factor determinante de la extranjería de las mismas, más que a la nacionalidad de los inversionistas al origen extranacional de los bienes aportados, guardando silencio respecto de las aportaciones en pesetas ordinarias de los extranjeros residentes en España y de los españoles residentes en el extranjero. Este autor descarta, por absurdo, tanto el dar carácter exhaustivo a la enumeración de modalidades de inversión del artículo 1.º del Decreto de 24 de diciembre de 1959, con lo que resultarían prohibidas tales aportaciones, como el dejar estas aportaciones fuera del ámbito del Decreto-ley de 27 de julio de 1959 (sin derecho a sus beneficios pero también sin sus restricciones: limitación del porcentaje). Y como no estima lógico que las aportaciones de pesetas no convertibles ni transferibles se beneficien de un régimen de total libertad, ve la solución correcta en someter este tipo de inversiones a las restricciones cuantitativas privándolas del derecho de transferencia al exterior de beneficios y capitales. Esta solución afirma que

(4) SANTIAGO PELAYO HORE: *Inversiones de capital extranjero en España*, «Revista de Derecho Notarial», enero-marzo 1966, pág. 229.

(5) VENTURA GARCÉS BRUSÉS: *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1962, págs. 91 a 94.

es la recogida para las inversiones de cartera por la Orden de 15 de marzo de 1962 y que parece conforme con el criterio de la Oficina de Información de la Presidencia del Gobierno.

— LUCAS FERNÁNDEZ en la reciente edición de su obra (6) distingue los siguientes apartados:

a) Sociedades en las que el extranjero no puede tener participación alguna.

b) Sociedades en las que el extranjero puede tener participación minoritaria.

c) Sociedades en las que el extranjero puede tener una participación hasta del 50 por 100 del capital social.

d) Sociedades en las que el extranjero puede tener participación superior al 50 del 100 del capital social.

e) Sociedades en las que el extranjero puede tener una participación que ha de determinar la Presidencia del Gobierno.

Las sociedades cuyo objeto no sea industrial, sino el ejercicio del comercio y las sociedades en general (no incluidas en las listas de los restantes apartados) las incluye en el apartado c). Según esto, le sería aplicable a la sociedad de nuestro caso el régimen de autorización gubernativa, porque según el autor al que nos referimos el extranjero residente que se mueva (en el ámbito de las inversiones) dentro de los porcentajes autorizados según la clase o actividades de la sociedad, no precisa autorización alguna; pero si el extranjero, residente o no residente, pretende una inversión directa en sociedades españolas que exceda de los porcentajes autorizados, precisa obtener una autorización previa a tenor de lo dispuesto en el Decreto de 24 de diciembre de 1959. Parece, pues, que LUCAS FERNÁNDEZ, prescindiendo de la autorización del I. E. M. E., que estudia por separado en relación con la clase de aportación, considera que en la autorización del Gobierno no hay distinguos entre extranjeros residentes o no residentes ni tampoco por razón de la transferencia o no transferencia de moneda o capital del exterior.

b) Otros autores mantienen criterio contrario:

— VALLET DE GoytisoLo (7) opinó que el artículo 1.º del Decreto-ley de 24 de diciembre de 1959 no se refiere a inversiones hechas por extranjeros, por lo que unificando este Decreto-ley con el de 27 de julio y Decreto de 30 de septiembre, ambos del mismo año, el ámbito de la legislación sobre inversiones extranjeras queda así acotado: 1.º Positivamente; únicamente afectará a las inversiones de residente en el extranjero consistentes en capital procedente del extranjero. 2.º Negativamente quedan fuera las inversiones que aun siendo efectuadas por extranjeros (o españoles residentes en el extranjero) consistan en capital español (pesetas que no sean contravalor de divisas, industria situada en España, etcétera); estas inversiones se regirán por las disposiciones generales y sólo necesitarán la autorización del I. E. M. E. si el inversionista reside en el extranjero.

— BENZO MESTRE (8), al exponer las ventajas de esta interpretación de VALLET, parece adherirse implícitamente a ella. FRAGUAS MASIP se limita a destacar la laguna legislativa sin proponer ninguna solución (9)

(6) FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ: *La contratación en España por extranjeros*, Madrid, 1970, págs. 275 y sigs.

(7) JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Las inversiones extranjeras en el Derecho notarial español*, Conferencia Centro de Estudios Tributarios, 1960.

(8) RAFAEL BENZO MESTRE: *Inversiones de capital extranjero en empresas españolas*, «Revista de Derecho Notarial», 1962, núm. 35, pág. 323.

(9) RAMÓN FRAGUAS MASIP: *Inversiones de capital extranjero*, «Revista de Derecho Notarial», 1967, núm. 55, pág. 45.

6. *Aparentemente son más defendibles las opiniones de quienes mantienen que toda aportación de un extranjero a una Empresa nacional necesita obtener la autorización gubernativa, si rebasa el 50 por 100, sin distinguir la naturaleza que el numerario aportado tenga desde el punto de vista de la legislación reguladora del tráfico de divisas, porque las restricciones en materia de control de empresas (influencia de los extranjeros en nuestra economía) deben inspirarse exclusivamente en el criterio de la nacionalidad del inversor. Para comprender esto, basta pensar que las restricciones a las inversiones extranjeras pueden estimarse imprescindibles también, cuando la política monetaria aconsejable fuera la de absoluta libertad de tráfico y convertibilidad de divisas. Por eso debe entenderse con ciertas reservas las expresiones de los considerandos que hacen referencia a la moneda, capital o inversión íntegramente españoles de un extranjero. Los bienes, patrimonio, dinero, pesetas o capital de un extranjero podrán tener un determinado trato ante la Ley española; este trato podrá verse muy alterado por disposiciones de defensa de la peseta o de defensa de la economía nacional, pero siempre nos entenderemos mejor los juristas partiendo de la imposibilidad de considerar íntegramente españoles a tales objetos de derecho propiedad de un ciudadano extranjero.*

El que en una determinada fase legislativa se haya puesto el acento de la protección contra la influencia exterior en el problema de las divisas no debe hacernos perder de vista la idea de que, por muchas concomitancias que haya entre éste y el de la protección general de la economía, en cualquier circunstancia concreta deben tomarse en consideración las motivaciones específicas para un trato diferencial al extranjero simplemente por serlo. Cosa diferente es que tales motivaciones deban acomodarse a la evolución histórica de la condición jurídica del extranjero siempre tendiendo hacia el principio de igualdad real, aunque evitando siempre que un exceso de igualdad (igualdad aparente) encubra el privilegio del ciudadano de país desarrollado al actuar en otro subdesarrollado o en vías de desarrollo.

7. *En mi modesta opinión en principio, tanto para una aportación en pesetas (normales, no interiores) como para una aportación como la del caso resuelto (bienes muebles o inmuebles, etc.), debe prevalecer el criterio de los autores incluidos en el apartado a). Pero esto no quiere decir que nuestro criterio sea contrario al fallo de la Resolución, porque creemos que en el caso se daban las siguientes circunstancias que hacían innecesaria la autorización del Gobierno:*

1.^a *Que nos encontramos ante un complejo caso de derecho transitorio sin regular expresamente y derivado de una modificación legislativa (1959) que no fue suficientemente consciente y previsor de los giros que venía dándose en la normativa referente a los extranjeros. Este giro descansa en tres puntos: La defensa ante el extranjero (con minúscula) se transforma en defensa contra el Extranjero (con mayúscula); el criterio de nacionalidad se va sustituyendo por el de residencia; la defensa frente a la influencia económica exterior se centra en la defensa de la moneda por el control de las entradas de divisas, que se estiman a la vez peligrosas y deseadas, y de las salidas siempre temidas.*

Este giro de tantas variables hubiese exigido meticulosas normas de derecho transitorio; pero ante el silencio del legislador era justo dar un benévolo trato al señor Cantaloup por una aplicación indudable, aunque no fácil de precisar, del principio de respeto a los derechos adquiridos. Si al legislador no le han preocupado, al dicta el Decreto-ley de 1959, los movimientos de un capital extranjero introducido en España anteriormente, es porque ha considerado el tiempo Jordán purificador de sus

peligros y suficientemente controlado en su día por las normas de vigilancia de la moneda. En este aspecto vuelve además a cobrar interés el problema de la no inclusión del comercio en las normas restrictivas anteriores de defensa de la Industria.

2.^a La aportación de un Establecimiento que se hace en la escritura calificada, en realidad no es más que una mera fusión o agrupación de dos capitales o negocios a los que debemos dar idéntica naturaleza desde el punto de vista del derecho de extranjería. Si consideramos integralmente nacional al Establecimiento "Galerías Maldá" y también española a "Nativa, S. A.", es claro que no deberá tener aplicación el artículo 5 del Decreto-ley de 1959. Pero si consideramos al primero extranjero por razón de su titular, lo que al menos en cierto sentido es más razonable; también debemos considerar extranjera a "Nativa, S. A." y tampoco deberá tener aplicación dicho artículo dictado para controlar y limitar la inversión extranjera en las empresas españolas.

Ni la moneda ni la economía nacional pueden verse peligrosamente afectadas porque el señor Cantaloup decida ahora agrupar, fundir o unificar dos negocios o empresas que individualmente debieron recibir en su día el refrendo o "placet" de los organismos y disposiciones encargadas de la defensa de la peseta y de la economía nacional. De la misma manera que las normas restrictivas de las adquisiciones de inmuebles por los extranjeros (Decreto-ley de 22 de marzo de 1962, Ley de 23 de octubre de 1935 y Decretos complementarios y Ley de 12 de mayo de 1960), no deben ser aplicadas en principio (10), a la mera agrupación de dos o más fincas, en cuya adquisición se cumplieron en su día las autorizaciones y requisitos preceptuados por las correspondientes disposiciones; tampoco parece necesario exigir la autorización del Gobierno para la reunión de dos elementos componentes del patrimonio de un extranjero situados en el país de su residencia.

3.^a El objeto social de "Nativa, S. A." no resulta en ningún momento del texto de la Resolución. De la alegación del recurrente parece deducirse que su objeto era exclusivamente el ejercicio del Comercio. Por ello no se hace en ningún momento alegación del Decreto de 18 de abril de 1963, que concedió una autorización genérica o con carácter general para las inversiones en determinados sectores económicos. El Decreto exige de la autorización del Gobierno, aunque se rebase el tope del 50 por 100, siempre que se trate de industrias productivas que se hallen comprendidas en los sectores que enumera (hasta 18). Posiblemente "Nativa, S. A." se dedicaba al comercio de mercancías totalmente ajenas a los sectores indicados en el Decreto; pero queremos dejar planteado un problema más en esta espinosa cuestión de las inversiones extranjeras: ¿Es seguro que la autorización general del Decreto se limite a las industrias productivas de ese sector excluyendo al comercio sobre el mismo sector, cuando a nivel de Leyes y Decretos-leyes tanto se ha discutido si las normas restrictivas de las inversiones extranjeras debían limitarse a la industria?

8. En resumen, la Resolución que comentamos, marcando un criterio benévolo en cuanto a la necesidad de autorización gubernativa, en casos como el por ella contemplado, no solamente es justa, sino que deberá tenerse en cuenta cuando se trate de mejorar la legislación sobre extranjeros; pero creemos que de ella no deben sacarse conclusiones que indudablemente no ha pretendido:

(10) Al afirmar esto, no excluimos que la agrupación pueda estar afectada en algún aspecto por las normas especiales de la legislación de adquisiciones de fincas por extranjeros.

— No puede deducirse de ella que toda inversión de un extranjero ha de ser totalmente libre de control gubernativo simplemente por hacerse con bienes que no sean directa e inmediatamente procedentes de moneda extranjera.

— Tampoco, que la defensa de la economía nacional tenga que vincularse definitiva y totalmente al terreno del Decreto-ley de 1959 (artículo 1.º), o sea, al de control de entradas y salidas de moneda extranjera.

— Sólo con grandes reservas y al solo efecto de dialéctica dentro del caso, es posible admitir la afirmación de que puedan ser íntegramente españoles los bienes, patrimonio o capital de un extranjero aunque sea residente en España.

La mejora e institucionalización de la abigarrada legislación sobre extranjeros y concretamente sobre inversiones extranjeras resulta necesaria y urgente en opinión de todos. El Boletín Oficial de las Cortes de 17 de octubre de 1969 (págs. 26.191 y sigs.) publicó un escrito de ruegos y preguntas de un Procurador, así como la contestación del Gobierno, en la cual se manifestaba que el mandato recibido como consecuencia del artículo 16 de la Ley de 11 de febrero de 1969 aprobando el II Plan de desarrollo, "está a punto de ser cumplido, ya que se encuentra en estado muy avanzado un proyecto de texto refundido de inversiones extranjeras, que sistematiza la legislación vigente, suprime ciertas clases de duplicidades, aclara y define conceptos básicos sobre la materia y sobre todo cubre las lagunas que se han advertido en la aplicación de la legislación vigente" (11).

Indudablemente, la tarea que debe implicar tal proyecto es de una gran complejidad; laten en el fondo de la refundición y puesta al día de esta legislación gravísimos problemas económicos e incluso políticos, porque, en definitiva, las relaciones internacionales de un país se configuran a través de la normativa jurídica de la contratación de los extranjeros. Esa complejidad, quiero que disculpe lo ambiguo y mediocre de este comentario (12).

B) Aunque según resulta de los Antecedentes, "Nativa, S. A." está a punto de ser una sociedad de socio único ("One man's Company"), el Registrador no podía basar en esta circunstancia un segundo defecto. No sólo porque, al menos formalmente, había otros socios, aunque de mínima participación, sino porque la doctrina española se muestra cada vez más reacia a considerar la reunión en una sola mano de todas las acciones o participaciones sociales como causa de extinción de la sociedad.

Aprovechamos la ocasión para unir nuestras lamentaciones a las quejas de los que ansian ver luz definitiva en una cuestión tan importante como discutida. El problema es espinoso como demuestra la variedad legislativa sobre la materia. Las vacilaciones del apartado VIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, la variedad

(11) LUCAS FERNÁNDEZ: Obra citada, págs. 1 a 15.

(12) Las dificultades de la legislación sobre inversiones extranjeras no deriva de peculiaridades de la España «diferente», sino que son las mismas a nivel internacional. El tema puede decirse que es de Derecho internacional Antonio RODRÍGUEZ SASTRE (Los regímenes jurídicos de las inversiones extranjeras y sus aspectos fiscales, 1966), refiriéndose a los intentos (también poco fecundos) de codificación internacional de las inversiones extranjeras, dice que los dos factores principales que las dificultan son el confusiónismo (no se puede legislar sobre la materia sin un previo concepto claro de inversión) y el interés (sólo se suele contemplar el interés del inversor sin tener en cuenta los intereses del Estado que recibe la inversión).

de opiniones doctrinales y las dificultades para extraer un principio jurisprudencial de las varias sentencias que han resuelto casos concretos, son prueba de la dificultad de la cuestión. Pero es urgente hacer un complejo estudio del derecho comparado para decidir sobre la normativa que más probabilidades tenga de prevalecer a nivel internacional adaptándola en sus detalles a nuestro derecho de sociedades mercantiles y coordinándola claramente, en el sentido que corresponda, con el principio de responsabilidad patrimonial universal si se decide admitir la sociedad de un socio con todas sus consecuencias.

En este estudio de derecho comparado, como en cualquier otro de tal naturaleza, hay que huir de los escarceos superficiales. Estos son más peligrosos que prescindir totalmente de lo que digan las legislaciones extranjeras (13).

Los autores (14) suelen citar como Jurisprudencia sobre la materia la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de abril de 1945 y las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891, 7 de abril de 1922, 3 de marzo de 1954 y 19 de noviembre de 1955.

T. C. G.

(13) Por vía de ejemplo vamos a hacer un resumen de determinados artículos del Código civil italiano. Nos bastará para comprender que aquel estudio del Derecho comparado a que me refería no puede limitarse a la afirmación de que las legislaciones latinas rechazan la sociedad de un solo socio y las germánicas y anglosajonas la admiten.

De los artículos 27, 2.272, 2.308, 2.223, 2.362, 2.448, 2.464 y 2.497 del Código italiano resulta:

Las asociaciones se extinguen cuando vienen a faltar todos los asociados.

La sociedad ordinaria (simple), la colectiva, y la comanditaria simple se extinguen cuando falta la pluralidad de socios, si en el término de seis meses ésta no se reconstituye.

No se incluye esta causa de extinción, tratándose de las sociedades por acciones, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada.

En las sociedades de estas tres últimas clases, en caso de insolvencia de la sociedad, de las obligaciones sociales nacidas en el período en el que las acciones o cuotas resultan pertenecientes a una sola persona, ésta responde ilimitadamente.

(14) Joaquín GARRIGUES: *Curso*, 1936, I, pág. 327; *Tratado*, 1949, I-3, página 1.220; *Curso*, 1968, I, pág. 484.

GARRIGUES-URÍA: *Sociedades Anónimas*, II, pág. 699.

LANGLE: *Derecho mercantil*, I, pág. 403.

SOLÁ CÁÑIZARES: *La Ley española de Sociedades de responsabilidad limitada* página 84.

HÉCTOR CÁMARA: *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, Buenos Aires, 1957.

Jesús RUBIO: *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 1964.

F. BOTER: «Revista de Derecho Privado», enero 1947, pág. 31.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI.

II. DERECHOS REALES

TERCERIA DE DOMINIO. ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL, POSESION DE BIENES MUEBLES (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1969).

Las cuestiones de titularidad de las cosas muebles se centran muchas veces en aspectos meramente probatorios. Esto es lo que ocurre en esta sentencia que se produce con motivo del siguiente caso:

«A» entregó una serie de joyas a «B», y éste realizó diversas pignorações de las mismas, en garantía de préstamos, que al no reembolsar «B» a sus acreedores, dieron lugar a varios embargos sobre las joyas a instancia de los mismos. En vista de ello, «A» reivindica la propiedad de las joyas interponiendo demanda de tercería de dominio contra «B» y los acreedores de éste, alegando que la entrega de las joyas que hizo a «B», lo fue a título de depósito y comisión para la venta, no a título de compra. Los demandados manifiestan que la entrega se realizó a título de compra, produciéndose la transmisión de la propiedad a favor de «B».

La cuestión se resuelve favorablemente a «B» y acreedores en el Juzgado de Primera Instancia y en la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por «A», el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, confirmando las sentencias de Primera Instancia y de la Audiencia, diciendo que no puede tenerse en cuenta la alegación del recurrente «A» de haberse infringido los artículos 433 y 464 del Código civil, sobre la posesión de buena fe de bienes muebles, «pues se parte de una afirmación contraria a la que como hecho probado se da en la sentencia impugnada, la de que la posesión de las joyas por parte del demandado es a título de depositario, cuando a través de todos sus considerandos se razona que no existe ninguna prueba de que así fuera».

Desde el punto de vista adjetivo, el Tribunal Supremo señala que en uno de los «motivos» del recurso se mezclan dos conceptos heterogéneos tales como el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, lo que va contra

la claridad exigida por el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil y acarrea necesariamente su desestimación».

Y en el penúltimo «considerando», dice que tampoco puede estimarse infringido por la sentencia recurrida, el artículo 1.214 del Código civil, «por no considerar como probado que las joyas objeto de la reivindicación pertenecen al recurrente, pues en este caso, por ser poseedor el demandado, la carga de la prueba de su mala fe o de que las tenía por título que obligara a la devolución, era de cargo del tercerista».

DISTINCION ENTRE ACCION REIVINDICATORIA Y ACCION DE PETICION DE HERENCIA. REQUISITOS DE LA PRIMERA. VALOR PROBATORIO DE DOCUMENTOS PRIVADOS (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1970).

La doctrina de esta sustanciosa sentencia, que luego se expondrá detalladamente, es en síntesis, la siguiente:

1.º Debe considerarse como acción reivindicatoria y no de petición de herencia la que reclama la propiedad no de una universalidad de bienes, sino de uno determinado, aunque alegue como título el de herencia, por lo cual no puede prevalecer la tesis de la prescripción de la acción como personal por transcurso del plazo de quince años, pues tal acción es reivindicatoria, y por tanto, de naturaleza real.

2.º Para acreditar la propiedad del que reivindica no es necesaria la presentación de título escrito de dominio, pudiendo hacerse por cualesquiera de los medios admitidos en Derecho, siempre que resulten convincentes.

3.º No es necesario para el ejercicio de la acción reivindicatoria en casos normales como éste que se solicite la declaración de nulidad del título que ostenta el demandado.

4.º En cuanto al valor probatorio de documentos privados, no pueden prevalecer éstos, si del conjunto de pruebas practicadas se dedujo lo contrario en primera instancia y apelación.

El caso.—Se discute la propiedad sobre una finca denominada «El Sendín» o «Las dos piezas de Sandi».

El demandante «A» alega como título el de herencia de su padre don J. S., fallecido el 21 de septiembre de 1941.

Las demandadas «B» y «C» mantienen que su respectivamente esposo y padre, don A. V., adquirió la finca por compra a don J. S. en documento privado fechado el 21 de septiembre de 1941, y desde entonces la poseyó pública, pacífica e ininterrumpidamente hasta el momento de su muerte, ocurrida el 21 de septiembre de 1963.

Otra demandada, «D», mantiene que la discusión entre los anteriores debe centrarse sobre la mitad de la finca, pues la otra mitad pertenece a su padre, don J. B., diciendo que éste vendió una mitad a don J. S. por documento privado suscrito el 26 de agosto de 1927, pero no la totalidad de la finca. Por ello, concluye que a ella le sigue perteneciendo una mitad de la finca, cuya propiedad se discute.

Interesa destacar que el demandante, «A», solicitaba en la demanda que se declarase que la finca era de su propiedad por haberla heredado de su padre.

don J. S., condenándose a los demandados a estar y pasar por esa declaración, y que se declarase que era falso y sin valor alguno el documento privado de fecha 21 de septiembre de 1941.

El Juzgado de Primera Instancia de Pola de Laviana declaró falso el documento privado de 21 de septiembre de 1941, pero no procedía hacer pronunciamiento alguno sobre la propiedad del actor por título de herencia.

El demandante, «A», apela, y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo dicta sentencia en la que se declara que la finca es propiedad del actor por haberla heredado de su padre, confirmando la ineficacia del documento privado antes indicado.

Las demandadas, «B», «C» y «D», interponen recurso ante el Tribunal Supremo.

«B» y «C» basan el recurso en que la acción del actor no es reivindicatoria, sino de petición de herencia, y, como ésta es de naturaleza personal, a diferencia de aquélla, el plazo de prescripción es de quince años desde la muerte del causante, en 1941, habiendo pasado sobradamente, añadiendo que la Audiencia consideró la acción como reivindicatoria, pero incurriendo en el contrasentido de no exigir los requisitos de que se acreditara el título del actor y se identificara la finca.

«D» basa su recurso en que no se ha tenido en cuenta el valor probatorio del documento privado de fecha 26 de agosto de 1927, por el que su padre vendió al padre del actor sólo la mitad de la finca, no la totalidad de ella, estimando infringidos los artículos 1.225 y 1.227 del Código civil, Y, en segundo lugar, basa el recurso en que ha habido violación de la constante doctrina del Tribunal Supremo, que exige como requisito de la acción reivindicatoria que se solicite y obtenga la nulidad del título que ostenta el demandado, previamente al ejercicio de la acción reivindicatoria o en el mismo proceso en que éste se ejercite, y en este caso no se ha hecho así en relación con el título de «D». (Y cita las sentencias de 17 de enero de 1889, 28 de enero de 1892, 19 y 25 de abril de 1905, 2 de marzo de 1912, 29 de febrero y 24 de abril de 1945, 2 de enero y 12 de diciembre de 1964 y 1 de diciembre de 1947).

Sentencia del Tribunal Supremo.—Siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, estableciendo la siguiente doctrina:

«Considerando. Que en el recurso formulado por .. («B y «C»). del estudio de lo actuado se desprende que el demandante no reclama en su demanda una universalidad de bienes, sino uno determinado que se encuentra en poder de los demandados, que no son sus coherederos y cuyo dominio solicita, **esgrimiendo su cualidad de heredero como título de propiedad al estar integrado en la herencia**, sin que se discuta tal cualidad ni su derecho a la herencia, es evidente que la acción ejercitada es puramente reivindicatoria, como acertadamente consigna la resolución impugnada que no ha cometido la infracción aducida y perece el motivo».

«Considerando: Que el segundo motivo encauzado procesalmente por el número 7.º del citado [artículo] 1.692 (de la L. E. C.) denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba la resolución impugnada» (con base en documentos privados)...; es indudable que conforme a la constante doctrina de esta Sala no puede prevalecer el resultado de un solo elemento probatorio sobre el resultado conjunto de todos los practicados y habrá de estarse a la apreciación que de ellos hace la Sala, decayendo este motivo».

«Considerando: Que, por último, se articula un tercer motivo... alegando la violación del artículo 348 y la aplicación indebida de los 1.249 y 1.253, todos del Código civil, por entender que para que prosperase la acción entablada era preciso la presentación de título escrito...; motivo que tampoco puede prosperar... dado que, como se mantiene por el juzgador de instancia, el título de propiedad no es el documento en que consta y la exigencia se refiere a que se acredite por cualquiera de los medios admitidos en derecho...; máxime habida cuenta que en la sentencia de primera instancia se declaró la falsedad del título en que los recurrentes apoyan su pretensión, con cuya declaración se conformaron y aquietaron al no apelar de ella...».

«Considerando: Que entrando en el examen del recurso formalizado a nombre de... ('D') su primer motivo es idéntico al segundo del articulado por los otros recurrentes, aparte del defecto formal de no especificar el concepto de la infracción de los artículos 1.225 y 1.227 del Código civil que se alegan como base del error de derecho en la apreciación de las pruebas, lo que sería suficiente para su desestimación, que ocasiona su inviabilidad por las propias razones consignadas en el segundo fundamento de la presente resolución».

«Considerando: Que el segundo y último motivo que se ampara en el número primero del tan repetido 1.692, alega la violación de la doctrina contenida en las sentencias de esta Sala que cita, y que a su juicio exigen se pida la nulidad del título esgrimido por el demandado en el ejercicio de la acción reivindicatoria, y al no haberlo hecho respecto del que presentó a favor de su padre, no puede prosperar la demanda; y como quiera que las sentencias aducidas, las realmente existentes, se contraen a bienes muebles o acciones y declaran tal necesidad cuando ambas partes derivan su derecho de un mismo título y no cuando, como en este caso, derivan de títulos diversos a comparar y que cuando afecta a acciones de Sociedades se precisa impugnación de los acuerdos sobre su emisión; es visto que siendo diferentes los presupuestos contemplados al presente, no es de aplicación la doctrina y perece el recurso».

J. M. G. G.

IV. FAMILIA

LITIS EXPENSAS: Cuestión acerca de si abarcan a las originadas en procesos criminales posteriores al fallo canónico de separación todavía no firme. El artículo 55 LEC y la interpretación del término "incidencias". ZAFORTEZA contra ALFARO (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1970).

Doctrina de la sentencia: Una interpretación adecuada del término «incidencias» en el artículo 55 LEC ha de conducir a comprender dentro del mismo cuantas actuaciones o procedimientos aparezcan en íntima conexión con aquél en que fue otorgado el derecho de *litis expensas*, como ocurre respecto al presente pleito... sin que para ello sea obstáculo que haya sido tramitado, no como incidente de las diligencias de separación... sino por los trámites del juicio declarativo, y es correcto, por tanto, estimar que entre este pleito y las diligencias que otorgaron aquel derecho existe una íntima conexión que conduce a la adecuada aplicación de la norma establecida en el artículo 55 de la Ley de Trámites.

Antecedentes: 1. La actora y el demandado habían contraído matrimonio canónico. 2. Ante la correspondiente Jurisdicción eclesiástica se siguieron dos procesos canónicos, uno de nulidad del matrimonio promovido por el esposo, y otro de separación conyugal iniciada por la esposa: ambos procesos tramitados en la ciudad donde el matrimonio tenía entonces su residencia. 3. Ante el Juzgado correspondiente de dicha ciudad acudió la esposa en solicitud de medidas provisionales por la separación en el orden civil. En el Auto de medidas provisionales se reconoció a la esposa el derecho a la percepción de *litis expensas*, para atender a los gastos de las actuaciones canónicas y civiles derivadas, con sus recursos e incidencias; señalándose, a tal efecto, con carácter provisional, la cifra de doscientas mil pesetas, pronto agotadas en el pago de las costas causadas en las medidas civiles citadas. 4. La resistencia del marido, normal en estos casos, a dar cumplimiento a los acuerdos judiciales sobre el pago de alimentos y de *litis expensas* provocó una proliferación de actuaciones que culminaron con una denuncia de la esposa, y consiguiente *sumario*, en el año 1965, cuya instrucción sumarial determinó el procesamiento del marido y de un hermano del mismo. 5. En el intervalo fue dictada la sentencia de separación de los cónyuges, que adquirió firmeza a primeros del año 1966. 6. Posteriormente, el marido y su hermano fueron condenados en la causa criminal, el primero como autor de un delito de abandono de familia y el segundo por simulación de contrato. Ambos condenados interpusieron sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo, por lo que en la época de interposición de esta demanda la sentencia penal no era aún firme. 7. Por la actuación del Letrado y del Procurador de la esposa querellante en dicho pleito criminal, dichos profesionales devengaron sus derechos y honorarios correspondientes, cuyo pago se exigía ahora al marido, ya que la denuncia y querrela fueron muy anteriores a la firmeza del fallo canónico de separación y dado que en el momento de solicitar las *litis expensas* no podía preverse la derivación penal que daba origen a la presente demanda.

La *demanda* terminaba suplicando se dictará sentencia declarando que el demandado viene obligado a satisfacer a su esposa, en concepto de *litis expensas*, el importe de los gastos causados en el ejercicio de la acusación particular en el *sumario* y juicio oral subsiguiente, así como las costas del presente juicio, y condenándolo al pago de las 111.760 pesetas, que se reclaman y gastos que se fijen en ejecución de sentencia.

La *contestación* termina suplicando se dicte sentencia absolutoria, por estimar la *excepción* única declinatoria propuesta de que el presente pleito lo es principal sin asomo de ser incidente de otro u otros ventilados ante el mismo Juzgado y de que la competencia debe fijarse conforme a la norma primera del artículo 62 LEC, debiendo tramitarse este pleito en Madrid donde tiene su domicilio el esposo demandado y supuesto obligado al pago de las *litis expensas*. Subsidiariamente, para el caso de que no sea admitida la excepción, que se dicte sentencia, absolviendo al demandado de la cuestión de fondo debatida, por no tener derecho la actora al percibo alguno de *litis expensas*; también subsidiariamente, y para el caso de condena, que se le releve al demandado del pago de las *litis expensas posteriores* a la fecha de la sentencia canónica de separación conyugal, teniendo por impugnados los honorarios, devengos y suplidos, comprendidos en las *litis expensas* solicitadas por la parte actora.

— La sentencia del Juzgado estimó totalmente la demanda y absolvió a la actora de la Reconvención propuesta por el demandado.

— La Audiencia dictó sentencia, confirmando en todas sus partes la sentencia apelada.

— El demandado interpuso recurso de casación por *quebrantamiento de forma*, con apoyo en el siguiente *motivo* único: Basado en el apartado 6.º del artículo 1.963 LEC, al infringirse el artículo 62-1.ª LEC, el Tribunal Supremo no ha resuelto un caso idéntico al presente y lo evidencia la sentencia recurrida que expresa claramente en su *Considerando* 1.º que «la ausencia absoluta de todo régimen normativo específico sobre las *litis expensas*... obligará a indagar, por vía de expansión analógica, qué principio o qué norma puede proyectarse sin violentar el cauce racional».

— El Tribunal Supremo rechaza el recurso, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, sentando la siguiente doctrina:

Considerando: Que interpuesto contra la sentencia de instancia recurso de casación por quebrantamiento de forma, basado en el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar el demandado recurrente que el Juzgado que ha conocido de la demanda interpuesta por la parte contraria sobre reclamación de cantidad en concepto de *litis expensas*, no es el competente, sino el del domicilio de dicho demandante, *debe tenerse en cuenta que el derecho de "litis expensas"* a la parte actora le fue otorgado en diligencias previas de separación de su marido, siguiéndose autos de divorcio ante la jurisdicción competente y procedimiento criminal a instancia de la esposa, en el cual han sido devengados los gastos judiciales cuyo pago se pretende en el juicio declarativo de menor cuantía, en que el demandado opuso como excepción perentoria la falta de competencia del Juzgado por razón del territorio, que fue desestimada, y dé origen al presente recurso por quebrantamiento de forma; y *ha de tenerse en cuenta*, que si bien el artículo 55 de la Ley Procesal Civil determina que «los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvencción en los casos que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que se dictaren, y para la ejecución de la sentencia», una interpretación adecuada del término "*incidencias*" ha de conducir, como acertadamente razona la sentencia recurrida, a comprender dentro del mismo, cuantas actuaciones o procedimientos aparezcan en íntima conexión con aquel en que fue otorgado el derecho de "*litis expensas*", como ocurre respecto al presente pleito, donde se devengaron los gastos reclamados, el cual da lugar a este recurso, sin que para ello sea obstáculo que haya sido tramitado, no como incidente de las diligencias de separación, por no haber ya al haber sido aquellas terminadas, sino por los trámites del juicio declarativo, y es correcto, por tanto, estimar que entre este pleito y las diligencias que otorgaron aquel derecho existe una íntima conexión que conduce a la adecuada aplicación de la norma establecida en el artículo 55 de la Ley de trámites, excluyendo la del número primero del artículo 62 de la misma Ley, en que se basa el recurrente, razones que conducen a declarar que la sentencia impugnada no ha incurrido en el quebrantamiento de forma que aquí se denuncia, y desestimar consiguientemente al recurso, con las consecuencias que ordena el artículo 1.767 de la Ley Procesal Civil, devolviendo los autos al Tribunal de procedencia, con certificación de esta Resolución.

IMPUGNACION DE LA FILIACION LEGITIMA: El artículo 108-2.º del Código civil y la interpretación de la expresión "imposibilidad física". La separación de hecho y la presunción de paternidad legítima. El artículo 113-2.º "in fine", la ocultación fraudulenta del nacimiento del hijo y el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria. LÓPEZ C. ZAMORA y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1970).

Doctrina de la sentencia. Aunque la separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de paternidad, ésta puede destruirse por la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer... La imposibilidad del marido no es sólo la física, sino que la Jurisprudencia la extiende también a la originada por ausencia del marido. Declaradas probadas las causas excluyentes de la ocasión de unirse los cónyuges carnalmente, queda cumplida la prueba exigida por el artículo 108-2.º del Código civil y la legitimidad del niño. Los términos del artículo 113 del Código civil hacen referencia a dos hechos diversos, uno el de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, y otro, el del descubrimiento del fraude por la ocultación; el último inciso del precepto, con separación indicadora de su posible coexistencia, acoge ambos supuestos, señalando para cada uno tiempo inicial distinto, con la duración que para los dos fija precedentemente. Probada la ocultación fraudulenta, no combatida, el plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria de la legitimidad del niño no puede empezar a contarse sino desde el día en que el actor tuvo conocimiento de aquel nacimiento.

Antecedentes: 1. El actor y la demandada habían contraído matrimonio canónico en el año 1948. 2. Sin que puedan precisarse las causas ni la fecha (según el marido, injurias graves de palabra y de obra por parte de la esposa y la imputación falsa por ésta de un supuesto adulterio del marido), la esposa tramitó ante el correspondiente Tribunal Eclesiástico demanda de separación conyugal contra el marido, solicitando del competente Juzgado civil la adopción de las medidas provisionales pertinentes, lo que fue concedido por el Juzgado. 3. En cumplimiento de dicho Auto el marido salió del domicilio conyugal y lo fijó en otro lugar de la misma población, continuando así la separación «de lecho y mesa» iniciada. 4. Durante la tramitación de la causa canónica, vista la imposibilidad de la vida en común, los cónyuges procedieron a separarse de manera absoluta y permanente en forma *privada*. A este efecto, mediante un *contrato privado* de 1962, se dispuso la venta del piso que constituía el domicilio conyugal y muebles y la distribución del precio obtenido por mitades e iguales partes entre ambos esposos, pactándose además «el pago por el marido a la esposa, en concepto de alimentos, de la suma de dos mil pesetas mensuales, abonables mediante ingreso en la cuenta corriente»... 5. En virtud de Decreto del Obispado correspondiente, en 1963, se declaró *desistida por ambas partes* y se mandó archivar la causa de separación conyugal, con lo que automáticamente quedó sin efecto la medida de separación «provisional» de los cónyuges acordada por el Juzgado. 6. Los cónyuges no habían tenido descendencia, ni al separarse estaba embarazada la esposa. 7. Desde el 11 de junio de 1962—afirmaba el marido—ambos cónyuges habían vivido total y continuamente separados e incluso ausentes en poblaciones distintas: afirma-

ción combatida por la demandada, que decía haber viajado el marido a la población de residencia de la esposa, que reclamaba la prueba de dicha separación y la prueba de la imposibilidad «física» del marido para tener acceso a su esposa. 8. Cumpliendo el contrato de 1962, el marido fue abonando a su esposa las dos mil pesetas mensuales convenidas como alimentos. No obstante, dado el tiempo transcurrido, quiso averiguar el destino de tales sumas. 9. Encargada, en el año 1967, una investigación a un Centro de detectives privados ésta dio como resultado lo siguiente: que la esposa vivía en un piso de su propiedad, junto con otro señor, aparentando ambos públicamente ser marido y mujer; que ambos hacen ostentación de tener un hijo y lo proclaman públicamente, designándole con los apellidos de ambos; que, solicitada una certificación de los distintos Registros civiles de tal ciudad con los apellidos de los concubinos, no pudo hallarse; que, por fin, se halló en uno de los Registros civiles una inscripción del nacimiento del niño el día 20 de mayo de 1964 como hijo de la esposa e inscrito con los apellidos del matrimonio López-Zamora figurando como hijo legítimo del actor. 10. El niño había sido bautizado con los apellidos del matrimonio, actuando como padrino el concubino de la madre. Sin embargo, en los datos del empadronamiento municipal figuraba con los apellidos de los concubinos. 11. El marido, descubierto el fraude el 27 de septiembre de 1967, fecha en que recibió la información solicitada, se creía legitimado para interponer la acción de impugnación de la legitimidad atribuida al niño, reservándose expresamente la acción penal para perseguir en su día el adulterio y falsedades cometidas: consecuentemente, interpuso la demanda el día 13 de octubre de 1967.

La demanda finaliza con el suplico de que se dicte sentencia declarando que el menor no es hijo legítimo, ni de cualquier otra clase, del demandante, y que es nula la inscripción de nacimiento practicada en el Registro civil, deblendo condenarse a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, y a la inmediata rectificación en el Registro civil de las circunstancias personales del interesado.

En la contestación, tras alegar la parte demandada la falta de prueba de la separación de los cónyuges y de la imposibilidad física de acceso, aducía la caducidad de la acción de impugnación de legitimidad, por haber transcurrido con exceso los plazos del artículo 113 del Código civil y por no haber ocultamiento del nacimiento del hijo: concluyendo con la súplica de que se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo de sus pretensiones a la demandada.

Por su parte, el Ministerio Fiscal, personado en autos, contestó y se opuso a la demanda, alegando: 1. La falta de autenticidad y valor probatorio, al efecto de acreditar una imposibilidad física de acceso del marido con su mujer, del convenio privado de separación de 1962; 2. El Decreto del Obispado, citado, de 1963, que dejaba sin efecto la medida de separación «provisional» acordada por el Juzgado; 3. Que las certificaciones del Registro civil y de bautismo acreditaban la filiación legítima del niño, nacido cuando ya habían transcurrido más de un año y cuatro meses desde la fecha del desistimiento de la demanda de separación, y que la inscripción y bautismo se hicieron sin ocultación alguna; 4. Que la demanda aparece suscrita el día 13 de octubre de 1967.

—El Juzgado, estimando la excepción propuesta por la demandada y el

Ministerio Fiscal, declaró caducada la acción sobre impugnación de legitimidad, pero absteniéndose de resolver sobre el fondo del problema.

— La Audiencia, revocando la sentencia apelada y estimando la demanda, declaró que el menor... no es hijo del demandante, mandando en consecuencia anular la mención de hijo «legítimo» del actor que se consigna en la inscripción en el Registro civil y el apellido «López» asignado en ella.

— Interpuso la demandada recurso de casación por *infracción de Ley*, en base al siguiente *motivo único*: amparado en el artículo 1.692-1.º LEC, por infracción, por violación, de los artículos 108 y 113 del Código civil y por su no aplicación al caso de autos al estimar la demanda: alegaba la no existencia de imposibilidad «física» del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días precedentes al nacimiento del hijo, la cesación en 1963 de la separación «provisional» acordada por el Juzgado, la falta de trascendencia jurídica de la separación convencional acordada ya que ésta no existe para la Ley, el dato de transcurrir hasta nacer el niño más de un año y pico *sin* haber separación alguna de los cónyuges, la presunción de legitimidad de los hijos engendrados en el matrimonio, la presunción de paternidad recogida en el viejo aforismo romano «*pater est is quæm nuptiæ demonstrant*», la no ocultación del nacimiento del hijo y la interposición de la demanda habiendo transcurrido con exceso los plazos legales fijados.

— El Tribunal Supremo *rechaza* este recurso, en la forma siguiente:

Visto siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón.

Considerando: Que *ejercitada* en el proceso de que dimana este recurso, la acción de impugnación de legitimidad del hijo nacido durante el matrimonio, y opuesta por la madre demandada la excepción de caducidad de la acción fundada en el transcurso de más de tres meses desde la inscripción de nacimiento en el Registro civil, que se reproduce en el motivo único, alegando la violación del artículo 113 del Código civil, es desestimable, pues según doctrina de esta Sala (sentencias de 24 de enero de 1947 y 14 de octubre de 1963), aunque no sea dable atribuir al precitado artículo 113 una redacción demasiado feliz en orden a la cuestión expresada, sus términos ofrecen la suficiente claridad expresiva para entender por ello que hacen referencia, en cuanto al comienzo del tiempo de ejercicio de la acción impugnatoria de la legitimidad del hijo, a dos hechos diversos y sin dependencia entre sí, el de la inscripción del nacimiento en el Registro civil, y el del descubrimiento del fraude que constituye el haberse ocultado el mismo al marido y, en su caso, a los herederos de éste, sin que nada autorice a admitir que sólo con falta del primero puede quedar producida la ocultación, y que una vez inscrito el recién nacido es inaplicable el último inciso del párrafo 2.º del precepto; porque, con separación indicadora de su posible coexistencia, acoge éste ambos supuestos, señalando para cada uno, tiempo inicial distinto, con la duración que para los dos fija precedentemente, atendiendo al lugar en que el marido o sus herederos residieran, ya que el hecho de ser público el Registro civil, no lleva consigo necesariamente el conocimiento de las inscripciones de nacimiento que en él se practiquen, máxime cuando como en el caso que ahora se decide, el marido se hallaba ausente del lugar del nacimiento cuya legitimidad se impugna, con ausencia prolongada y sin interrupción, según acertadamente proclama el Tribunal a quo, sin que la recurrente combata por medio alguno la

ocultación fraudulenta que da por probada la Sala sentenciadora, por la falta de relaciones personales entre los litigantes, sin que la demandada comunicase nunca al actor, ni su estado de embarazo, ni el alumbramiento que tuvo, ni la existencia posterior del niño nacido, y, por consiguiente, el plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria de la legitimidad del niño, no puede empezarse a contarse desde la fecha de la inscripción del nacimiento en el Registro civil, sino desde el día en que el actor tuvo conocimiento de aquel nacimiento, por lo que la demanda indudablemente está promovida, dentro del plazo de vigencia de la acción.

Considerando: Que igual suerte desestimatoria ha de correr la alegada violación del artículo 108 del Código civil, porque como declara la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 1969 (1), «aunque la separación acordada privadamente por los cónyuges no impide por sí la presunción de paternidad, como ésta puede destruirse por la prueba de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, exigida en el párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, no cabe duda que, si después de separados convencionalmente y transcurridos los plazos legales ocurre el nacimiento de un hijo, podrá el marido oponerse a la legitimidad probando la separación que impedía el débito conyugal, y la mujer, sostenedora de la legitimidad, habrá de acreditar que durante la separación cohabitó con su marido», a cuya conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia con un criterio progresivo, cual revelan las sentencias de 29 de enero de 1890, y 4 de julio de 1914, estableciendo la de 24 de enero de 1947, que deben admitirse «cuantos hechos de cuya demostrada certeza resulte la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el periodo de tiempo precisado legalmente para que sirva de base a la presunción de que ha sido procreado por aquél el hijo nacido, lo que acontecerá siempre que las pruebas acrediten una causa, cualquiera que ella sea, excluyente de la ocasión de que los cónyuges se hayan unido carnalmente», y la de 19 de junio de 1953 declara que «la imposibilidad no es sólo la física, sino que la jurisprudencia extiende a la que se da y se origina también por ausencia del marido o por cualquier otra que lleva consigo el alejamiento efectivo voluntario o impuesto de los esposos», doctrina reiterada en esencia en la sentencia de 16 de febrero de 1968; por lo que declaradas probadas por el Tribunal «a quo» en el presente proceso, las causas excluyentes de la ocasión de que los cónyuges se hayan unido carnalmente, sin impugnación eficaz en el recurso, queda cumplida la prueba que exige al párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil y la ilegitimidad del niño, aparte de la subsistencia de la medida provisional de separación judicial acordada por Auto de 11 de julio de 1962, por lo que los cónyuges están en separación legal desde dicha fecha, procediendo por lo expuesto a desestimación íntegra del recurso.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos, no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto.

J. C. G.

(1) Véase en el núm. 479 de esta REVISTA, págs. 1.036 y sigs.

V. SUCESIONES

LEGITIMA VIDUAL. RESPONSABILIDAD POR DEUDAS HEREDITARIAS DEL VIUDO EN CUANTO LEGITIMARIO. Artículo 834 del Código civil (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1970).

Hechos.—Don P. R. R. murió intestado el 6 de agosto de 1961, dejando viuda e hijos, de los que vivía separado de hecho desde hace tiempo, habiendo incluso llegado a interponer demanda de divorcio bajo la legislación republicana, que luego caducó. Pocos meses antes de su muerte, el 7 de febrero de 1961, había otorgado escritura pública de reconocimiento de una deuda por importe de 300.000 pesetas, en concepto de préstamo recibido de su hermano F. R. R., quien reclama dicha cantidad de su cuñada y sobrinos tras el fallecimiento del hermano deudor. Opuestos dichos herederos a la pretensión del hermano acreedor, alegando la simulación de la deuda reconocida, el Juzgado de Primera Instancia de Tuy absolvió a los demandados, pero esta sentencia fue revocada por la de la Sala 2ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que condenó a la viuda y a los hijos, como herederos de don P. R. R. al pago de la expresada cantidad.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por los demandados y apelados, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espin, acepta el motivo sexto del recurso y declara haber lugar al mismo en razón a que «es doctrina sustentada por esta Sala, la de que aun cuando el cónyuge viudo ostente la condición de heredero forzoso de su consorte, al efecto de poder actuar en defensa de sus derechos legitimarios (sentencias de 26 de marzo de 1940, 30 de junio de 1959 y 9 de julio de 1957), no por ello responde *ultra vires* del pago de las deudas existentes contra la herencia, por no disfrutar más que del simple goce temporal de una porción hereditaria, como la establecida en el artículo 834 del Código civil (sentencias de 20 de octubre de 1904, 25 de enero de 1911 y 9 de junio de 1949), como el Tribunal *a quo*, al emitir su fallo, no tuvo presente dicha doctrina y condenó a la esposa del que figuraba como deudor en la escritura de 7 de febrero de 1961, al pago de una suma en ella especificada, de ahí que haya incurrido en las infracciones denunciadas en el sexto motivo del recurso y que él mismo debe prosperar.

Y en la segunda sentencia absuelve a la viuda y condena a los hijos del finado a satisfacer, como herederos del mismo, la cantidad reclamada.

NULIDAD DE LA INSTITUCION DE HEREDERO. FIDEICOMISO DE RESIDUO. MEDIOS DE PRUEBA EXTRINSECOS. INTERPRETACION DE TESTAMENTO Artículo 675 del Código civil (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1970).

La premorlencia del heredero instituido al testador origina la nulidad del llamamiento al residuo y, en su caso, da lugar a la apertura de la sucesión intestada.

Hechos.—Don J. I. E. murió en estado de viudo, bajo testamento notarial abierto en el que, tras revocar los anteriores, había instituido heredera universal a su premuerta esposa, por carecer de otros legitimarios, estableciendo que los bienes de que no haya dispuesto la heredera pasarán, al fallecimiento de ella, a la Iglesia Católica, con destino a las finalidades contenidas en el párrafo 5.º del artículo 20 del vigente Concordato entre la Iglesia y el Estado español, para su cumplimiento dentro de la Parroquia de G.

Los más próximos parientes del testador, sobrinos carnales, demandaron a la Iglesia, personificada en la Mitra correspondiente, que se había posesionado de los bienes, solicitando del Juzgado de Primera Instancia de Guernica la declaración de herederos *ab intestato* a su favor, previa declaración de la nulidad de la institución de heredera hecha a favor de la esposa premuerta al testador y, como consecuencia, la nulidad de la sustitución de residuo, demanda a la que dio lugar en todos sus pedimentos dicho Juzgado, cuya sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Obispo de B., conforme a las siguientes consideraciones:

Que, la cuestión esencial que en este recurso de casación se debate, gira sobre la interpretación que deba darse al testamento abierto otorgado por don J. I. E. en 27 de febrero de 1957, en cuyas cláusulas estima la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primer grado, se recoge netamente la figura jurídica del denominado fideicomiso de residuo, pero antes de entrar en el examen y decisión de las motivaciones del recurso, procede adelantar que, de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, aplicando el artículo 665 del Código civil, es de la incumbencia de los Tribunales de instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer su criterio sobre el del recurrente, siempre que no aparezca evidenciado el error de aquéllos en términos que contrarie la voluntad expresa del testador, insistiendo la doctrina en que cuando meramente se trata de interpretación de cláusulas es menester que el error resulte muy manifiesto en la sentencia recurrida para que ésta pueda casarse, o, en otros términos, que el error se patentice de modo claro.

Que en los motivos primero, segundo, tercero y cuarto de este recurso—todos acogidos al ordinal primero del artículo 1.992 de la Ley Procesal Civil—con diferentes argumentos y en relación con otros preceptos legales del mismo Código, reiteradamente se sostiene por la parte recurrente que existe infracción por interpretación errónea del artículo 665 del Código civil, más si se atiende al desarrollo dialéctico de esos cuatro motivos, se advierte la tendencia a sustituir al Juzgador en su labor hermenéutica, prescindiendo de lo adverso y resultando lo favorable, y al efecto debe destacarse que la conclusión a que llega la Sala de instancia de que en el testamento examinado se quiso establecer y estableció por el testador una institución de herederos a favor de su esposa, con facultad de ésta para disponer de los bienes heredados por actos *inter vivos* y una clara disposición de residuo en favor de la Iglesia Católica, viene a resultar del pleno contexto del propio testamento, cual perfectamente se desprende del fundamento segundo, en relación con los cuarto y sexto, de la sentencia de primera instancia, aceptados en la recurrida, la cual, no debe olvidarse; agrega otros argumentos a *mayor abundamiento*, para destacar netamente la figura jurídica del fideicomiso de residuo, como así lo expresa en su razonamiento primero, siendo perfectamente ortodoxa la doctrina interpreta-

va mantenida en el mismo, al referirse al sentido literal del testamento, como primera regla dimanante del artículo 665 del Código civil, pues, en efecto, tiene declarado esta Sala que la primera regla interpretativa del mencionado artículo es la de la literalidad, y que para que nazca otra se precisa, como no podía menos de ser, la concurrencia de unos datos o elementos que claramente demuestren que fue otra la voluntad del testador, conforme sostiene la sentencia de 9 de junio de 1962; por otra parte, tampoco puede decirse que el Tribunal *a quo* (habida cuenta de la sentencia de primer grado), se haya limitado al sentido literal de determinada cláusula, ni que haya prescindido de la voluntad del testador: pues la primicia que la Ley concede a esa voluntad, cual resulta del texto del artículo 665, sólo es en los casos de duda, cuando «aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y así viene a manifestarlo también la sentencia de este Tribunal de 6 de marzo de 1944. al propugnar que debe el intérprete atenerse al sentido textual, en razón a que ha de suponerse que las palabras, por lo general, exteriorizan y reflejan fielmente la voluntad—, siempre que la intención no aparezca contraria, y, al respecto debe señalarse que es precisamente la parte que recurre quien concede una importancia excesiva y trascendente a la cláusula 5.ª del testamento en cuestión, en su párrafo 2.º, cláusula que asimismo ha sido contemplada y tenida en cuenta por el Tribunal *a quo* (a tenor del fundamento segundo de la sentencia del Juzgado igualmente admitido en la recurrida), sin que sus razonamientos hayan sido desvirtuados; máxime cuando es visto que dicha cláusula no contiene acto propio de disposición de bienes, ni tiene ni puede tener, por su contenido y por referirse a la institución del albaceazgo, el sentido y alcance decisivo que pretende atribuirsele, ni resulta apoyada por otra del mismo testamento.

Que, insistiendo en lo ya expuesto, en el sexto razonamiento de la sentencia de primer grado, cuyos razonamientos han sido totalmente aceptados en la recurrida, como ya queda reiterado, se hace referencia a la liberalidad de la disposición testamentaria «conjugada con los elementos lógicos, sistemáticos y teleológicos» que, en su rango respectivo, informan y avalan la interpretación y «fuerzan a dar la única solución aceptable para la seguridad jurídica»; y en el quinto fundamento de la misma sentencia se sostiene, además (y esto afecta directamente al cuarto motivo del recurso) que ni aun acudiendo a los denominados «medios de prueba externos»—o sean las circunstancias exteriores al testamento, conforme a sentencia de esta Sala de 8 de julio de 1940—«puede ser desautorizada la indudable institución única de heredero»; más, aparte la cautela con que esos medios de prueba extrínsecos deben ser ponderados, de acuerdo con la sentencia antes citada, en vista del carácter formal y solemne que el testamento tiene, la verdad es que los hechos a que en este orden hace referencia la parte recurrente, son susceptibles de hipótesis y conclusiones diversas, y carecen de la trascendencia y relieve necesarios para variar la interpretación dada por el Tribunal de instancia al testamento de que se trata, y para influir en la calificación jurídica por el juzgador propugnada; y, teniendo en cuenta, con el presente, todos los razonamientos que preceden, los cuatro primeros motivos del recurso deben ser lógicamente desestimados.

Que el motivo quinto carece en absoluto de consistencia, pues no es cierto que de prevalecer el criterio de las sentencias de instancia (así, en plural, se dice) la resolución impugnada conduciría al absurdo, pues es claro que si el testador otorgó su testamento en el mismo día que su esposa, se trata de actos separados y personalísimos y no de un testamento mancomunado, y

aunque existiera coincidencia de disposiciones (salvo en la persona del instituido) en ambos testamentos, es obvio que en cuanto al otorgado por la esposa, fallecida la testadora, por supervivirla, le sucedió el marido, y, por consiguiente, se operó la prevista sucesión entre ambos cónyuges, heredando el marido a la mujer, conforme al supuesto normal del testamento de ésta; mientras que en el caso que se examina por haber premuerto la mujer al testador en virtud de esa premoriencia, no pudo producirse la transmisión hereditaria entre ambos y, por ende, tampoco puede tener aplicación la cláusula fideicomisaria, porque la esposa premuerta, que nada recibió, nada puede transmitir, y el llamado fideicomiso de residuo o disposición *eo quod supervit* no puede tener lugar, sin que ello implique absurdo alguno, puesto que si el marido consciente del fallecimiento de su esposa hubiese querido variar su disposición testamentaria podía hacerlo otorgando nuevo testamento, en vista de ese óbito sobre cuya concurrencia nada había previsto, y sin que puedan causar tampoco extrañeza las variaciones que en el orden sucesorio se producen por la muerte y por el instante en que ésta ocurra.

F. C. L.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

INDEMNIZACION A LOS ARRENDATARIOS DE INMUEBLE INCLUIDO
EN EL REGISTRO MUNICIPAL DE SOLARES

SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1971.

I. INTRODUCCIÓN.

El artículo 149, párrafo 3, de la Ley del Suelo, y las normas complementarias sobre la indemnización que se reconoce a los titulares de derechos arrendaticios extinguidos por la inclusión de un inmueble en el Registro Municipal de Solares, constituyen uno de los sectores de nuestro Derecho urbanístico en que mayor es la confusión.

De aquí las discrepancias doctrinales y la desorientación de la jurisprudencia sobre los problemas procedimentales y de fondo. El órgano competente para fijar la indemnización, el procedimiento que ha de seguirse para ello y las normas con arreglo a las cuales ha de fijarse la cuantía, son cuestiones acerca de las que no existe ni mucho menos un criterio definido.

Por eso cualquier sentencia en que se aborde alguna de aquellas cuestiones ha de acogerse con el máximo interés, con objeto de ver si es posible extraer unos criterios orientadores firmes que permitan sentar una doctrina clara que contribuya, en definitiva, a saber a qué atenernos en este delicado aspecto de las relaciones de propietarios y arrendatarios entre sí y de ambos con la Administración pública.

Una buena prueba de la desorientación reinante es que cuando llegan estas cuestiones a las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, unas veces interviene la Sala Quinta—sin duda, por el hecho de que la indemnización se haya fijado en procedimiento expropiatorio—, y otras, la Sala Cuarta—por tratarse de cuestiones de Administración Local—, aparte del criterio también extendido de que sea la jurisdicción civil y no la contencioso-administrativa la única competente para decidir acerca de la cuestión de indemnización, por tratarse de cuestiones civiles entre particulares —propietarios e inquilinos—.

La sentencia que directamente es objeto del presente comentario es una sentencia de la Sala Quinta, la sentencia de 16 de enero de 1971, de que fue ponente ALGARA SAIZ. Pero habremos de referirnos también, muy especialmente, a otras dos sentencias recientes sobre el tema, una, también de la Sala Quinta—la sentencia de 17 de octubre de 1970, de que fue ponente MARTÍN DE HIJAS—, y otra, la sentencia de 28 de marzo de 1969, que ya no fue dictada por la Sala Quinta, sino por la Sala Cuarta.

II. PROCEDIMIENTO PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN.

1. *Planteamiento.*

Las normas básicas sobre el desahucio administrativo de los arrendatarios se contienen en los artículos 115 a 119 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales (1). El artículo 116 dispone: «Cuando no se llegare a una avenencia, se fijará el importe de la indemnización con arreglo al procedimiento de los artículos 29, 30, 31, 34 y 35 de la Ley de Expropiación Forzosa».

Se ha dicho de este precepto que es de los más oscuros y de los que, por tanto, plantean más dificultad para su articulación legal o efectiva (2).

El texto literal del precepto transcrito parece no dejar lugar a dudas acerca de la naturaleza del procedimiento. Debe fijarse la indemnización por el procedimiento regulado en la Ley de Expropiación Forzosa, lo que supone la intervención del Jurado provincial de expropiación para decidir aquélla una vez que se hayan planteado las discrepancias acerca de la cuantía.

2. *Sentencia de 17 de octubre de 1970.*

Esta sentencia de la Sala Quinta (de la que fue ponente MARTÍN DE HJAS), en sus Considerandos 3.º y 4.º, ofrece un excelente resumen de la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta acerca del procedimiento que debe seguirse para fijar la cuantía de la indemnización. En dichos Considerandos se dice:

«Considerando: Que en la sentencia recurrida no se reconoce la trascendente diferencia que existe en la situación de una finca incluida en el Registro de Solares, a instancia del propietario, según ésta haya incumplido la obligación de edificar en los plazos establecidos en los artículos 142 y 144 de la Ley del Suelo, o no hayan transcurrido tales plazos, pues, como declaró la sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal de 27 de enero de 1968, mientras el incumplimiento del titular de la obligación de edificar no infrinja éste, no entra en acción el principio expropiatorio, que sólo aparece como consecuencia de tal incumplimiento, atrayéndose entonces al ámbito de Derecho administrativo toda la materia que antes estaba atribuida a la relación civil que existiera entre quienes poseyeran los derechos arrendaticios, y por ello debe entenderse que la constancia en el Registro de Solares del resultado del expediente de valoración, que con arreglo al artículo 145 de la Ley del Suelo tiene que iniciarse por el hecho de la inclusión de la finca en el Registro—refiriéndose a la valoración del suelo y de los demás elementos del inmueble, pero no a la indemnización—carece de efectividad, mientras el propietario no haya llegado a incumplir los plazos ya aludidos establecidos en sus artículos 142 y 144, porque esa constancia en el Registro es a efectos de que los terceros que puedan solicitar la expropiación o acudir a la venta forzosa, conforme a los artículos 146 y 147, tengan conocimiento del justiprecio o del tipo de licitación con que habrá de sacarse a subasta el inmueble, vieniendo a corroborar esa conclusión lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento de 5 de marzo de 1964, que expresamente, al referirse a las valoraciones por inclu-

(1) Me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, páginas 849-855.

(2) MARTÍN BLANCO: *Dictámenes y estudios en Derecho urbanístico*, Madrid, 1970, págs. 262-263.

sión de una finca en el Registro, consigna que será 'a efectos de la subasta', deduciéndose de ello que la mera inclusión de una finca en el Registro de Solares con la secuela del expediente de valoración, no altera el carácter privado de la relación arrendaticia ni transfiere la competencia para conocer de las cuestiones que de las mismas se derivan de la Jurisdicción Civil a quien está atribuida, a la contencioso-administrativa, ya que es sólo el incumplimiento del propietario lo que produce el desplazamiento jurisdiccional, pues es entonces cuando la Administración, por causa declarada de utilidad pública, como es la de no edificar teniendo obligación de ello, asume las facultades expropiatorias y sigue su sistema de valoración de justiprecio, pero mientras tal incumplimiento no se produzca, la acción urbanística oficial es extraña a las relaciones entre propietarios y arrendatarios que por ser de carácter jurídico privado 'quedan reservadas por su naturaleza civil al conocimiento y decisión de la Jurisdicción ordinaria' (sentencia de la Sala Cuarta de 24 de septiembre de 1960).

Considerando: Que aun cuando se restringiese el alcance de la doctrina establecida por la Sala Cuarta de este Tribunal; entre otras, en las sentencias de que queda hecha mención, en orden a la competencia en todo caso de la jurisdicción ordinaria para conocer de las cuestiones arrendaticias y se estimase que, puesto que la inclusión de una finca en el Registro de Solares por su propietario, puede dar lugar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley del Suelo, 41 del Reglamento de 5 de marzo de 1964 y 51 del Reglamento de expropiación de 26 de abril de 1954, al desahucio administrativo, y que por ello las indemnizaciones habrán de ser fijadas en última instancia por el Jurado de expropiación, habría que llegar a la conclusión que en el presente caso ha sido prematura su intervención, pues la extinción del arrendamiento no se produce por la simple inscripción de la finca en el Registro, sino como, dice el párrafo 2.º del ya citado artículo 149 de la Ley del Suelo, «por el otorgamiento al propietario de la licencia, aunque la solicitare transcurrido el plazo dispuesto en los artículos 142 y 143, pero antes de existir solicitud de adquisición por un tercero», y, por tanto, el importe de la indemnización a los inquilinos tiene que fijarse en su caso, no con relación al día de la inscripción en el Registro, sino al día, que puede ser posterior en varios años, en que por concederse la licencia se produce la resolución del arrendamiento, lo que tiene, o es posible que tenga, tremenda trascendencia, ya que en ese intervalo la relación arrendaticia puede haber pasado de situación de estar en plazo o prórroga contractual, en el cual la indemnización procedente es como máximo la señalada en la Ley de arrendamientos (lo que provoca la otra cuestión debatida de cuál sería el precepto aplicable), a la prórroga legal, en cuyo supuesto por así disponerlo el párrafo 3.º del artículo 149 de la Ley del Suelo, los arrendatarios no tienen derecho a indemnización, y ni en el expediente ni en los autos consta que la propietaria haya obtenido la licencia, no estando deducida con el rigor lógico que exige el artículo 1.253 del Código civil, la presunción que establece la sentencia apelada de que aunque «el otorgamiento de la licencia de obras no ha sido demostrado en autos», debe estimarse efectuado, por constar documentalmente que los locales se hallan desalojados, pues de tal hecho puede deducirse también: que están desalojados pero no puestos a disposición de la propiedad, o que para ello no ha sido necesario el desahucio administrativo, único supuesto en que podría admitirse la intervención del Jurado, y por otra parte lo que consta en el expediente induce a la conclusión contraria a la mantenida en la sentencia, pues en su primer acuerdo de 20 de enero de 1967 el Jurado provincial de expropiación se declaró correctamente incompetente «por no haber acreditado

la propietaria haber conseguido la licencia conforme al número 2 del artículo 149 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956», y si luego dictó los acuerdos impugnados fijando el justiprecio, no fue porque se hubiese acreditado ese extremo, sino a virtud de nuevo requerimiento de la Alcaldía en el que—ni en sus acuerdos—se hacía referencia alguna a si se había o no otorgado la licencia».

Se establece, pues, en el primero de estos considerandos, una diferencia fundamental entre los siguientes supuestos:

a) Que el propietario del inmueble incluido en el Registro municipal de solares hubiese incumplido el deber de edificar en los plazos establecidos en los artículos 142 y 144 de la Ley del Suelo. En estos casos según la sentencia, debe aplicarse el procedimiento expropiatorio.

b) Que no existiera incumplimiento del deber de edificar. En este supuesto, cuando se produce la extinción de los derechos arrendaticios por haberse concedido al propietario licencia para edificar, no se aplican los trámites del procedimiento expropiatorio, sino que se considera que la jurisdicción competente sería la ordinaria, a la que correspondería fijar la indemnización en el procedimiento civil correspondiente.

3. Sentencia de 16 de enero de 1971.

Esta sentencia, se enfrenta con el problema de la legalidad de un acuerdo del Jurado provincial de expropiación por el que se fijó la indemnización a cargo del propietario del inmueble. Y en su séptimo considerando no duda en señalar:

«Que no tratándose propiamente, como no se trata de una expropiación forzosa, sino de la resolución *ex lege* de un contrato de arrendamiento, no procede aplicar, como lo hizo el Jurado, los artículos 52, 56 y 57 de la Ley de 16 de diciembre de 1954».

Ahora bien, aun cuando reconoce que no se trata de una expropiación forzosa, en lugar de seguir el criterio de la sentencia de 17 de octubre de 1970 de anular el procedimiento seguido, da por bueno éste, así como la intervención del Jurado provincial de expropiación, limitándose a discutir la cuantía que fijó en vía administrativa el Jurado.

III. CRITERIOS DE VALORACIÓN.

Si discutido es el tema del procedimiento, no menos lo es el de los criterios materiales para fijar la indemnización debida a los arrendatarios. Los criterios doctrinales han sido, como antes se ha dicho, muy dispares.

Nos referimos a continuación a algunos de los aspectos del problema más debatidos.

1. Arrendatarios con derecho a indemnización.

El artículo 149, párrafo 3, de la Ley del Suelo, empieza diciendo: «Si no hubiese expirado el plazo o prórrogas contractuales.». Por lo que parece indudable que sólo tienen derecho a indemnización aquellos arrendatarios cuyos contratos estuvieran vigentes por imperativo de los mismos, bien por no haber

expirado el plazo inicial o por no haber expirado las prórrogas previstas en el propio contrato. De aquí que no se reconozca derecho a indemnización alguna a los arrendatarios cuando habiendo expirado el plazo del contrato o sus prórrogas contractuales, esté vigente en virtud de prórroga legal (3).

Así lo ha consagrado la jurisprudencia. Por ejemplo, la sentencia de la Sala Cuarta, de 28 de marzo de 1969, sentaba la siguiente doctrina: «Tampoco pueden tomarse en cuenta a los efectos de la resolución de este litigio, las alegaciones sobre la insuficiencia de la cuantía de la indemnización ofrecida por el propietario a los recurrentes, pues aparte de no ser cuestión propia de la inclusión de una finca en el Registro de Solares, sino, en todo caso, consecuencia de la misma, al disponer el artículo 149 de la Ley del Suelo en su párrafo 3.º la procedencia de la indemnización a los inquilinos, como mínimo en la cuantía señalada en la legislación de arrendamientos urbanos, si no hubiere expirado el plazo o prórroga contractuales, el ser el contrato de arrendamiento del local de fecha 24 de enero de 1941, por plazo de tres años, sin que se haya convenido ninguna nueva prórroga, el plazo contractual expiró hace muchos años, y la vigencia del mismo así como la titularidad de los demandantes han venido impuestos por la prórroga legal, lo que indica la improcedencia de indemnización, y que la ofrecida voluntariamente por el propietario de 150.000 pesetas con que no cubra los gastos de nueva instalación no puede tacharse insuficiente, cuando no existe obligación de efectuarla en cuantía alguna».

La sentencia ahora comentada de 16 de enero de 1971, parece admitir esta doctrina, si bien no la aplica al caso de autos, por entender: «Que tanto en el expediente administrativo, singularmente en la hoja de aprecio y en el recurso de reposición, como en la demanda deducida ante esta Jurisdicción, la actora partió de la base de que el arrendatario demandado tenía derecho a una indemnización de acuerdo con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 149 de la Ley de 12 de mayo de 1956, discrepando únicamente en orden al *quantum* de aquélla, al mantener la propiedad accionante el criterio según el cual la locación extinguida por la inclusión del chalet señalado con el número 26 de la calle Raimundo Fernández Villaverde en el Registro Municipal de Solares y por el otorgamiento de la licencia de construcción, era un mero arrendamiento de vivienda en la cual «el arrendatario y su esposa» podrían ejercer la profesión docente. Que si bien el Tribunal *a quo* haciendo uso de la facultad que dispensa el artículo 79 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 sometió a la consideración de las partes si estaban o no vigentes el plazo o prórrogas contractuales, es lo cierto que aquél dictó sentencia pero no estimó que tales plazos o prórrogas se hubieren consumido, antes por el contrario fijó una indemnización si bien notoriamente inferior a la establecida por el Jurado de expropiación; sentencia que fue consentida, ya que la demandante no entabló apelación y en ésta—interpuesta por el Abogado del Estado y por el demandado ya aludido—al evacuar aquélla el trámite de alegaciones como apelada, en el suplico, postuló la confirmación de dicha sentencia, y por ello ahora, en méritos del principio de congruencia, ha de decidirse únicamente, en esta alzada judicial, si la indemnización debe ser la atinente a una vivienda—tesis de la parte actora—o la que legalmente corresponda a un local de negocio como propugnan de consuno el demandado y el Abogado del Estado» (primer consi-

(3) MARTÍN BLANCO, en *Dictámenes*, cit., pág. 259, considera «excesivamente rigurosa la norma».

derando). Esta doctrina es más que discutible, dados los principios informantes del proceso administrativo.

2. *Indemnización del arrendatario de local de negocio*

En los supuestos en que procede la indemnización, se ha discutido la cuantía de ésta.

Opinión doctrinal muy generalizada es que según el categórico texto del artículo 149, párrafo 3, de la Ley del Suelo, la indemnización «como *máximo*» será la «señalada en la legislación de arrendamientos urbanos». Y, según el artículo 81, párrafo 4, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el supuesto de que el inquilino no desee instalarse en el inmueble reedificado (cuando tuviere derecho de retorno) será de «seis mensualidades de la renta que viniere pagando», si bien esta cifra se aumentará, en la forma prevista en el párrafo 5 de dicho artículo 81, en caso de que las edificaciones «cuenten con más de cien años de antigüedad». No existe razón alguna para que, cuando la finca inscrita en el Registro Municipal de Solares tenga esta antigüedad no se apliquen las normas del artículo 81, párrafo 5, de la Ley de Arrendamientos Urbanos (4). Más recientemente MARTÍN BLANCO, dice:

«De acuerdo con el criterio sustentado por los autores citados parece que la regla general es que el artículo que se ha de aplicar para su fijación es el 81-4, que cifra la indemnización en seis mensualidades tanto para viviendas como para locales. Asimismo cabe entender que en los casos de viviendas con más de cien años de antigüedad incluidas en el Registro, es de aplicación el apartado 5 del mismo artículo 81, que establece una indemnización de diez anualidades para los inquilinos de vivienda y del 50 por 100 de lo que normalmente se abona por traspaso en locales similares de la misma zona, para los arrendatarios.

Parece que éste es el precepto de la Ley de arrendamientos urbanos aplicable por contemplar el supuesto de mayor analogía previsto en dicha Ley con el de extinción de los derechos de arrendamiento y demás personales por inclusión de finca en el Registro Municipal de Solares.

Otra razón abona la tesis de que la indemnización que corresponde a los ocupantes de la finca incluida en el Registro de Solares es la que determina el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El artículo 1.º del Decreto de 5 de septiembre de 1952, disponía que «las indemnizaciones en metálico a abonar a los arrendatarios de inmuebles que hayan de desalojar su vivienda o local de negocio como consecuencia de la aplicación de los artículos 2 de la Ley de Ordenación de Solares, y 47 de su Reglamento, serán las señaladas por el artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 o sea, seis meses de alquiler para los arrendatarios de viviendas y un año para los locales de negocio».

El artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, incluido dentro de la Sección Tercera «de la causa segunda de excepción a la prórroga» del capítulo VIII, corresponde al artículo 81 de la vigente Ley de Arrendamientos

(4) GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios*, cit., pág. 853; GONZÁLEZ BEREGUER, siguiendo a LUCAS FERNÁNDEZ, considera que debe aplicarse la indemnización de seis mensualidades que prevé el artículo 81, párrafo 4, de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Cfr. GONZÁLEZ BEREGUER: *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, pág. 334.

Urbanos, igualmente incluido en la Sección Tercera del capítulo VIII de la misma.

Aunque la Ley del Suelo no haya señalado el precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aplicable de manera expresa como lo hacía el Decreto de 1952, lo cierto es que, si se desea armonizar ambas Leyes, el artículo 81 de la Ley de Arrendamientos es el único que de ésta puede ser aplicada. Los supuestos a que se refieren los artículos 1.º del Decreto de 1952 y 149 de la Ley del Suelo son los mismos, y las mismas causas producen los mismos efectos.

Esta indemnización, por mandato expreso del artículo 149-3 de la Ley del Suelo, es el tope máximo a que puede ascender y, por, tanto, es evidente que, atendidas las circunstancias concurrentes, puede fijarse una indemnización inferior, lo que lleva al problema que se examina a continuación acerca del procedimiento a seguir para su determinación y de cuáles son las autoridades y organismos competentes para su fijación» (5).

La sentencia comentada de 16 de enero de 1971, se aparta de aquella doctrina dominante, y en los considerandos quinto y sexto, afirma:

«Considerando: Que el pacto que excluye el traspaso impreso en el documento timbrado en que se documentó el contrato no desvirtúa la expresada naturaleza de local de negocio por no ser consustancial aquel derecho con tal calificación y si sólo una facultad o elemento natural del contrato, pero renunciable; no siendo óbice para la indemnización el que esté prohibido el traspaso, pues, no se trata ahora de valorar semejante derecho sino de precisar qué perjuicios se le irrogan al arrendatario al extinguirse la locación, entre los cuales está el coste de la sustitución del goce del objeto arrendado, los gastos de traslado y las consecuencias de la inactividad.

Considerando: Que vista la remisión que se dispone en el número tercero del artículo 149 de la Ley del Suelo, a la legislación de arrendamientos deberá aplicarse partiendo de la base de que se trata de un local de negocio, el artículo 73, 3 y sobre este particular merece ser seguido el razonado estudio llevado a cabo por el Vocal. Profesor Mercantil, actuante en el Jurado de Expropiación y designado por el Ayuntamiento de esta capital; técnico cualificado en la materia y, lo que es importante, ajeno a los intereses en juego: perito que ponderando la documentación relativa al contrato y las pertinentes autorizaciones del Ministerio de Educación Nacional, la entidad del negocio, el profesorado, el emplazamiento y superficie, la cotización de locales análogos, fijó como indemnización sustitutoria la suma de un millón de pesetas (la quinta parte de la solicitada por el arrendatario), suma que por lo razonado del dictamen debe admitirse y no las que fijaron la propiedad accionante, el arrendatario y el Jurado; pues la primera es indefensible por notariamente exigua, la segunda no puede acogerse por incidir en desmesura y la del Jurado por apartarse de la pericia antes examinada sin razón convincente para ello. Que: asimismo y vistas las circunstancias que concurren procede estimar como indemnizables las partidas por sueldo de personal, pérdida de beneficios y gastos de traslado, fijados por dicho perito, el cual se basa en que la inactividad de la función docente, por causa de la resolución del contrato, durará tres meses, período que no es excesivo, sino prudencial y acomodado a las condiciones del negocio».

(5) *Dictámenes*, cit., pág. 260.

3. *Conclusión.*

Cuando la Ley de Arrendamientos Urbanos regula la indemnización debida al arrendatario por excepción a la prórroga legal, lo hace en dos preceptos; con regulación distinta, en función de la causa de excepción a la prórroga de que se trate:

a) El artículo 73 prevé una indemnización que se cifrará en el precio medio de traspaso en proporción de locales destinados al mismo negocio del arrendatario. Este criterio se aplica únicamente en los supuestos de la causa primera de excepción a la prórroga regulada en el artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, consistente en que el arrendador «necesite para sí la vivienda o local de negocio o para que los ocupen sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales».

b) El artículo 81, por el contrario, en su apartado 4, prevé una indemnización equivalente a seis mensualidades de la renta que viniere pagando. Se aplica en los supuestos de la causa segunda de excepción a la prórroga, consistente en el derribo de la finca para edificar, cuando menos, un tercio más de las viviendas.

Precisamente por la similitud de esta causa con la de inclusión de la finca en el Registro municipal de solares, es por lo que la doctrina ha considerado siempre aplicable el criterio del artículo 81 a estos supuestos, en lugar del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Sin embargo, la sentencia comentada, siguiendo una tendencia de protección al arrendatario en contra de los principios de fomento a la edificación que persigue la inclusión de fincas en el Registro Municipal de Solares, aplica los criterios del artículo 73, y, lo que es más grave, a un supuesto de arrendamiento que no podía considerarse de local de negocio

J. G. P.

LIBROS

GARCÍA-BERNARDO LANDETA (A.).—*«Sistema Jurídico de las Viviendas de Protección Oficial»*.—Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1970. Dos volúmenes.

Examinada con proyección retrospectiva la legislación estatal sobre la vivienda, se ven claramente tres cosas: que se trata de una legislación profusa, con denominaciones poco originales y tardía en su aparición histórica; que el problema social de la vivienda sigue siendo una constante preocupación del poder legislativo y que era preciso un estudio concienzudo de la materia para poner orden y claridad en todo ello. Recuerdo con auténtica angustia aquella pregunta del familiar, del amigo o del conocido que en los sitios más insólitos le cogía a uno del brazo y le decía: ¡hombre, tú que eres Abogado! por qué no me aclaras un caso que me sucede con un piso que tengo acogido a la Ley Salmón... Yo tenía un ejemplar de una publicación que hizo el Boletín Oficial del Estado sobre «Viviendas amparadas por el Estado» y del que se hicieron algunas ediciones posteriores. Pero era un ejemplar de mil y pico de páginas, bien concebido, que había que leérselo entero porque en cuanto se cometía el menor descuido, la legislación aparecía derogada o subsistente parcialmente.

Era preciso un estudio serio que es el que nos ofrece GARCÍA-BERNARDO LANDETA, notario y conocido publicista. Los dos volúmenes que nos brinda sobrepasan aquellas mil y pico de páginas de que hablo y que había que leerse para contestar a la pregunta, pero que ahora quedan reducidas a quinientas y pico, porque al dividir la obra en dos tomos, sólo el segundo recoge el régimen vigente, limitándose el primero a exponer la evolución legislativa de los regímenes anteriores y derogados. De la trascendencia de la publicación y de la utilidad de la misma, cabe solamente apuntar la confesión que el autor hace en el capítulo inicial al decirnos que solamente ha podido consultar cuatro obras de autores españoles sobre la materia, pocas más del Derecho extranjero y, eso sí, los volúmenes de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Vivienda, a uno de los cuales me refería antes. También ha utilizado las Sentencias del Tribunal Supremo.

Es de suponer que sobre este punto de viviendas protegidas con su nuevo texto vigente aparezcan monografías y estudios, pero no es muy aventurado decir que este que recensamos, junto con el de FUENTES LOJO y el de ABELLA, pueden ser la trilogía más importante del momento actual y las obras de decisiva consulta para la resolución de esa serie difícil de problemas que la vigente legislación plantea.

En esta reseña vamos a dividir la materia en dos partes. Una, referida al primer tomo y la otra al segundo.

PRIMER TOMO.

Esta parte de la publicación está destinada, como ya hemos indicado, a la exposición de la legislación histórica sobre la vivienda. Se inicia con una introducción en la que el autor maneja una serie de conceptos que explican la existencia de la legislación. Habla de cuestión social, política, derecho, clases sociales, lucha de clases, marxismo y capitalismo, etc., para llegar al problema de la vivienda como cuestión social, a la intervención estatal en el sentido de llegar a la relación propiedad-vivienda, superando el sistema de vivienda-arrendamiento o vivienda-estatal o colectiva.

La legislación que se recoge y estudia debidamente sistematizada se inicia con la de las habitaciones higiénicas y baratas (Ley de 3 de junio de 1908 y posteriores); se sigue con la de casas baratas (Ley de 10 de diciembre de 1921); las casas económicas como tipo diverso de las baratas (Real Decreto-Ley de 28 de julio de 1925); las casas para funcionarios (Real Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927); viviendas de la Ley SALMÓN (Ley de 25 de junio de 1935); viviendas protegidas (Ley de 19 de abril de 1939); viviendas de la «Clase Media» y «Bonificables» (Ley de 25 de noviembre de 1944 y Decreto-Ley de 19 de noviembre de 1948); viviendas de «Tipo Social» (Decreto-Ley de 14 de mayo de 1954); viviendas de renta limitada (Ley de 15 de julio de 1954); viviendas subvencionadas (Ley de 13 de noviembre de 1957); alojamientos de urgencia o albergues provisionales (DD. de 16 de diciembre de 1961 y del 1 de febrero de 1962); poblados (Decreto-Ley de 1 de julio de 1955) y se concluye por exponer la legislación vigente, las derogaciones y las disposiciones transitorias.

Al exponer la materia de cada una de las disposiciones citadas el autor hace un estudio sintético y sistematizado de las mismas, distinguiendo una serie de epígrafes que con su sola enunciación dan idea de la importancia y laboriosidad del trabajo: disposiciones legales, órganos administrativos, conceptos y clases, beneficiarios, promotores, regímenes especiales, calificaciones, beneficios, disposición y disfrute del régimen, duración del régimen, sanciones y extinción. Todos estos puntos son suficientemente desarrollados, pero además, al iniciar el estudio de cada legislación se precisa su iniciación, su antecedente y la situación actual de cada una de ellas en su vigencia. Este último dato da pie para calificar la obra no sólo como estudio monográfico, sino como trabajo útil que sirve de consulta.

En el epílogo que cierra el primer volumen se afrontan los problemas de las normas derogadas, para luego pasar a exponer el cuadro de la legislación vigente, las derogaciones y las disposiciones transitorias y adicionales. Del epílogo destacamos las frases siguientes del autor que justifican sobradamente la razón del estudio: «Los regímenes anteriores había que estudiarlos no sólo por razones doctrinales aludidas (naturaleza de los contratos que surgen del régimen de viviendas protegidas) y la legal de la duración, en la que siguen rigiendo, sino también, porque la descalificación voluntaria, ahora más flexible, más amplia, menos restringida, obliga a la devolución de los beneficios y es preciso conocer éstos para pensar en instarla. Asimismo su régimen fiscal era el que regía cuando se les otorgó la calificación y no el vigente, y las rentas y precios de venta son los de sus cédulas de calificación, lo que son otros motivos para su estudio».

En el capítulo destinado a la exposición del régimen vigente comenta en forma sintética la legislación actual constituida por la Ley de 23 de diciembre de 1961 y el texto refundido de 24 de julio de 1963, así como el Reglamento de 24 de julio de 1968, textos que comenzaron su

vigencia en 1 de enero de 1969. En el problema de la normativa vigente, derogada y de dudosa aplicación, distingue el autor dos apartados fundamentales: las normas complementarias (declaradas vigentes tanto por la ley de viviendas de protección oficial en su texto refundido, como por el reglamento en su anexo II y las que el autor llama *silenciadas* en uno y otro texto) y las normas derogadas, examinando el problema de la ausencia de un criterio técnico-jurídico, el de los errores y omisiones padecidos, para exponer, por último, la lista de los preceptos derogados. Remata esta parte de la obra con los estudios sobre el derecho transitorio y disposiciones adicionales. En derecho transitorio plantea los problemas de la retroactividad en sus grados de mínima (distinguiendo la retroactividad de viviendas calificadas definitivamente antes del 1 de enero de 1969 y no calificadas antes de dicha fecha) y el de la irretroactividad para ambas clases de viviendas ya citadas. En las disposiciones adicionales expone los decretos ley de 1955, 1956, y 1962, los premios anuales a familias numerosas y la construcción de edificios religiosos y del Movimiento.

SEGUNDO TOMO.

Este segundo tomo, como ya hemos apuntado, se refiere al estudio de la legislación vigente y en su recensión vamos a respetar las sucesivas y diversas partes que el autor escoge para sistematizar la materia. De esta forma el lector sabrá perfectamente donde situar la parte que preferentemente le interese.

- a) *Organos administrativos*.—Fundamentalmente en este capítulo el autor estudia dos problemas: el de los órganos propiamente dichos y el de sus disposiciones planificadoras y ejecutivas. En los órganos Administrativos se expone los referentes al Ministerio de la Vivienda al Instituto Nacional de la Vivienda y a las Delegaciones Provinciales del mismo Ministerio. Se recoge a este respecto las normas legislativas aplicables y su organización actual. En la materia de planificación y ejecución se hacen apartados especiales de estudio el Plan Nacional y el II Plan de Desarrollo, así como la ejecución del Plan Nacional y las órdenes de febrero de 1968 y 1969.
- b) *Concepto, clases y ámbito de protección*.—Parte en este apartado de una serie de conceptos básicos y otros auxiliares. Dentro de los conceptos básicos está el de las viviendas de protección oficial que, según el autor, son «las construidas en cumplimiento del contrato administrativo de concesión de beneficios o promoción entre el I. N. V. y el promotor de las mismas». También se refiere al concepto del derecho de vuelo, el bloque y el albergue provisional. Como conceptos auxiliares los referidos a los distintos tipos de superficie, instalaciones, presupuestos, costes y módulos.

En las clases el autor, siguiendo la letra de la ley, distingue el grupo primero (sin subvención) y el grupo segundo (en el que cabe distinguir cuatro clases de categorías: primera, segunda, tercera y subvencionada). Se refiere, por último a las viviendas rurales, albergues provisionales o alojamientos urgentes o provisionales.

Por lo que se refiere al ámbito de protección el autor se somete a la inevitable casuística legal y va detallando los problemas que surgen en torno a los locales de negocio, talleres, despachos y oficinas, edificaciones, servicios complementarios, terrenos y obras de urbanización.

- c) *Elementos personales*.—Agrupamos en este apartado tres capítulos que el autor destina al estudio de el beneficiario, el prople-

tario y el promotor, es decir, los elementos humanos que se destacan en esta institución.

El estudio de cada una de estas figuras es minucioso. Es preciso que sea así, ya que la serie de problemas conceptuales que la nueva legislación crea exige esta precisión. Por ello, se distingue entre el beneficiario y figuras colindantes como el promotor, el propietario y el ocupante ilegítimo; se delimitan los requisitos negativos (extranjeros, edad, hijos de familia y posición económica) y los positivos (ser persona, prohibiciones pluralistas y concepto del domicilio). Se remata el estudio de la figura examinando otros supuestos como son los requisitos objetivos, obras, contratos, beneficiarios del albergue provisional, beneficiarios como cabezas de familia numerosa, de promotores privilegiados y de locales de negocios. Debemos destacar la parte que el autor destina al contrato en el que sea parte el beneficiario y la otra parte el promotor o sus sucesores. Examina desfavorablemente el contenido del artículo 115 del reglamento que es coincidente con el comentario que a este respecto hizo el colegio de Granada en una circular. Igualmente el aspecto de la registración lo examina con criterio crítico y concluye considerando que el incumplimiento de la normativa legal no supone una nulidad, sino una multa o una descalificación.

Por lo que respecta al propietario, que define como el adquirente de una vivienda acogida, por construcción, o como arrendatario o dueño de la obra o por compra, donación o herencia, lo diferencia del promotor y del beneficiario para luego descender a la especificación de la serie de obligaciones que tiene: la publicación de la placa, la cédula de calificación, la conservación de la vivienda, la obligatoriedad de la ocupación, las obras de modificación y mejora el examen del Registro de los contratos traslativos que supone una remisión al capítulo anterior.

En lo referente al promotor, el capítulo a los mismos dedicados es más extenso ya que realmente la figura se destaca con singulares caracteres. Después de examinar su concepto legal (el promotor con el I. N. V. son las partes del contrato administrativo de concesión de beneficios o promoción), va desglosando los problemas de ciertos promotores (Estado, organismos oficiales, entidades estatales autónomas, etc.) para pasar a las clases de los mismos (oficiales y no oficiales, privilegiados, personas físicas, sociedades, Ayuntamientos, Patronatos, Obra Sindical, Ministerios, Instituto de Colonización, Instituto Social de la Marina, Cámaras de la Propiedad, Corporaciones y Colegios, Cooperativas, Mutualidades, Entidades benéficas, Cajas de Ahorro, Empresas que construyen viviendas para el personal, Diócesis y Parroquias, el Gobierno de Sahara y promotores futuros) y concluir con el régimen excepcional, esto es cuando el I. N. V. encarga a un promotor oficial de la construcción de las viviendas.

d) *Solicitudes, calificaciones, ejecución de obras y el contrato de concesión de beneficios o promoción.*—Se trata de un capítulo eminentemente formal y práctico donde se examina la mecánica administrativa de la tramitación de las llamadas viviendas de protección oficial Minuciosamente, por razones obvias, es la exposición. Se inicia con las solicitudes iniciales (documentos, plazos, selección y efectos), para luego pasar al problema de las calificaciones provisionales, ejecución de obras, calificación definitiva y concluir con el estudio del contrato de beneficios o de promoción

c) *Efectos y extinción de los contratos de promoción civiles.*—Bajo este epígrafe amplio se comprenden una serie de capítulos que cierran la publicación y que van del veintiuno al veinticuatro. En el primero se trata de los beneficios fiscales y económicos. El estudio se divide en dos partes, una referente a los beneficios fiscales (impuesto de transmisiones patrimoniales, actos jurídico documentados, aumento de valor, sucesiones, rentas de capital, rentas de sociedades, tráfico de empresas, contribuciones y arbitrios), y beneficios económicos (anticipos, préstamos, subvención, primas y la expropiación forzosa).

En el segundo se examina los referente al régimen y destino de las viviendas en orden al uso propio, al arrendamiento, al régimen de venta, al de acceso diferido a la propiedad, a la cesión gratuita, a la sucesión, al deshaucio, a la autonomía privada en la contratación y a las pretendidas limitaciones legales. La sola enunciación de este esquema servirá al lector para percatarse que se trata de uno de los capítulos más importantes de la obra donde se afrontan y resuelven un sin fin de problemas surgidos con motivo del tráfico jurídico de las viviendas. En forma especial se estudia también lo referente a los locales de negocios y a la renuncia y modificaciones del dominio en su carácter de gravámenes (usufructo, hipoteca, anticresis, tanteo, retracto, etc.).

En el tercero y último se enfoca el problema de la duración y extinción del régimen concertada con los principios de la descalificación voluntaria, la forzosa, la destrucción física de la finca y la expropiación forzosa. El estudio se hace a base de examinar las consecuencias que estos fenómenos jurídicos plantean al producirse. Cierra la publicación un apéndice con las ordenanzas provisionales de las viviendas de Protección Oficial de julio de 1955 y mayo de 1969.

En una publicación de este tipo se echa en falta un índice alfabético. La obra lo tiene sumarial y se le añade una clave de abreviaturas, pero a nuestro entender es insuficiente. Comprendo lo penoso de la formación de un índice alfabético, pero el gran esfuerzo que ello supone lo ve compensado el lector con la gran facilidad de manejo de la obra. Los momentos actuales que exigen nervio, rapidez y poca tranquilidad, piden a gritos facilidades de consulta que cubran los plazos perentorios.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO.—*Lecciones de Derecho Sucesorio (Resumen de Explicaciones de Cátedra).*

La finalidad de este conciso, pero apretado texto de ciento cuarenta y cuatro páginas, obedece a la necesidad de facilitar a los alumnos el conocimiento de algunos de los conceptos fundamentales del Derecho de Sucesiones.

En el capítulo I, dedicado a la «Sucesión por causa de muerte. Ideas generales», expone el autor algunas reflexiones filosóficas acerca de la sucesión. La coexistencia de la persona en la sociedad se transforma con la muerte en subsistencia. Así como desde el punto de vista religioso se dota a la muerte de un sentido trascendente, así también desde el punto de vista jurídico.

Crítica el Plan del Código Civil, al dedicar, en el Libro III, destinado a «los diferentes modos de adquirir la propiedad», el título III a la «sucesión por causa de muerte». El proceso sucesorio —dice— no queda circunscrito a la propiedad, ni siquiera a los derechos reales, sino que abarca a la totalidad de los derechos que no se extinguen con la muerte. Sin embargo, el artículo 659 le confiere mayor amplitud, al considerar integrada la herencia por los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.

Estudiadas las nociones de sucesión —adquisición derivativa traslativa y constitutiva— caracteriza a la sucesión por causa de muerte como consecuencia subordinada a un hecho físico extraño a la voluntad; a través del cual no se afronta sólo un problema de cambio en la titularidad, sino también el de la desaparición de la personalidad jurídica del transmitente; y en la que no subsiste el transmitente, a diferencia de en la «inter vivos».

La sucesión se rige siempre por la ley, que es la que establece el conjunto de normas fundamentales que gobiernan la sucesión por causa de muerte. La ley actúa de tres formas diversas: en colaboración con la voluntad, cuando la sucesión se rige por el testamento y excepcionalmente por pacto sucesorio; en defecto de voluntad, dando lugar a la sucesión intestada; y superponiéndose a la voluntad, imponiendo un régimen sucesorio en beneficio de determinadas personas (los herederos forzosos o legitimarios).

La sucesión «mortis causa» asegura la continuidad de la estructuras sociales. Un proceso de revisión de estas estructuras tiene que alcanzar necesariamente al movimiento sucesorio del patrimonio. Sin embargo, el proceso de socialización todavía se encuentra remiso ante la ordenación sucesoria. El Estado, a propósito de la transmisión hereditaria, ha circunscrito su cometido al de una política fiscal. Llegará el día en que haya de afrontar el empeño de una política social en su sentido más propio.

En el capítulo II, destinado al «Concepto y caracteres de la herencia: el problema de la unidad patrimonial y las diversas explicaciones», se pregunta cuál es la razón justificativa de la unidad patrimonial con que se nos presenta la herencia.

Estudia en su adecuada perspectiva histórica las nociones de herencia como *universitas*, y la «*successio in universum ius*», la identificación de la persona del sucesor con la del difunto, y la personificación de la herencia. Por fin, se muestra partidario de la rehabilitación de la doctrina de la *universitas*: presenta la ventaja de explicar la naturaleza jurídica de la herencia y la razón de su unidad, a través de la noción de patrimonio, sin necesidad de acudir a ficciones o a concepciones extremas. Asimismo, permite distinguir entre sucesión a título universal y a título particular. Explica satisfactoriamente la responsabilidad «*ultra vires*» del heredero. Y permite explicar el sentido de la acción de petición de herencia: si para pedir la herencia en su totalidad o en la cuota que le corresponda— está protegido por una acción específica, esto significa que la herencia en sí misma, tiene entidad y sustantividad propias, tal y como la doctrina de la *universitas* propugna.

Sin embargo, nosotros, con LACRUZ BERDEJO (Derecho de Sucesiones. Parte General, Barcelona, Bosch, 1961, p. 43), entendemos que «los argumentos en favor de la *universitas* hereditaria no son demasiado operantes. En realidad si el patrimonio de una persona viva no es considerada en manos de ésta como una unidad jurídica, la muerte de esa persona no puede crear un conjunto orgánico que antes no existía... Cosa distinta es que entre los bienes que forman el caudal relicto exista cierta cohesión... Esta cohesión... así como... la confusión entre el título de heredero y el patrimonio hereditario a los efec-

tos de la "petito o usucapio hereditatis", son los que han hecho tan larga la injustificada fortuna de la teoría de la universitas».

El propio HERNÁNDEZ GIL sale al paso de algunas de tales objeciones a su construcción reconociendo que «en vida de su titular, no puede afirmarse que el patrimonio constituya una unidad ideal distinta absolutamente de los elementos que la integran, porque no hay una titularidad del patrimonio... más que cuando el sujeto desaparece por causa de muerte y el patrimonio se trasmite, el adquirente recibe ese patrimonio como tal patrimonio en su conjunto y entonces necesitamos de la noción clásica para explicar la subsistencia y el tránsito del patrimonio». Pero no presenta, a nuestro juicio, razones válidas que permitan repristinar la arcaica noción de la hereditas como universitas.

En el capítulo III, que se ocupa de la «Sucesión a título universal y a título particular: herencia y legado», entiende que la expresión del artículo 660, la sucesión a título universal, se remite a la idea de la universitas.

La sucesión a título particular, ajena a la noción de universitas, puede ser traslativa y constitutiva. Reconoce que no siempre el legado entraña una sucesión a título particular, como en el caso del legado de liberación o que no siempre la sucesión a título particular viene ordenada por la voluntad del causante, como en la legítima del cónyuge viudo, atribuida a título de usufructo.

Rechaza la noción del legado de parte alicuota como figura autónoma, independiente de la sucesión a título universal o a título de herencia. Sin embargo no deja de reconocer que la jurisprudencia ha terminado mostrándose inclinada a la sustantividad de dicha figura. En las sentencias de 16 de octubre de 1940 y 11 de enero de 1950, la autonomía es muy tenue, pues vienen casi a confundirse las figuras del legatario de parte alicuota con la del heredero. En términos de mayor amplitud y contundencia se ha pronunciado la sentencia de 30 de junio de 1956.

Sostiene, al igual que los autores partidarios de la «successio in universum ius» como atribución de un título personal, el heredero, al que va aneja la sucesión «uno ictu» del total patrimonio del causante, que la institución en el usufructo de un patrimonio o la atribución de una cuota en usufructo no es institución de heredero ni herencia: la institución en el usufructo no absorbe en ningún caso la totalidad del patrimonio ni una cuota cualitativamente igual, porque el usufructo atribuye un derecho internamente limitado.

En el usufructo constituido «mortis causa» no se produce una sucesión derivativa traslativa, que es la propia de la herencia. Y en el caso del usufructo ordenado directamente por la ley a favor del cónyuge superviviente el artículo 807 no dice que éste sea heredero forzoso de modo absoluto e incondicionado —como los dos primeros párrafos del precepto afirman respecto de los descendientes y de los ascendientes— sino en la forma y medida que establecen los artículos correspondientes, lo que parece indicar una clara limitación de la cualidad de heredero en principio atribuida.

En el capítulo IV, destinado al «contenido de la sucesión», sienta la afirmación básica de que el contenido de la sucesión lo integran todas las relaciones jurídicas susceptibles de transmitirse «mortis causa», o lo que es lo mismo, todas aquellas relaciones respecto de las cuales, fallecido el titular, es posible la sustitución del sujeto.

Así, los derechos de la personalidad en general no se transmiten. Los derechos de obligación, a tenor de los artículos 1.112 y 1.257 son predominantemente transmisibles. Los derechos reales, con la excepción de los de usufructo, uso y habitación, son transmisibles. Las relaciones familiares puras son, en principio, intrasmisibles. Los derechos morales

de autor no se transmiten. Los derechos patrimoniales del autor si son transmisibles, aunque con limitaciones.

Respecto de la llamada posesión civilísima de los bienes hereditarios por el heredero, entiende que es por completo independiente de la conducta del heredero, que no tiene que hacer nada para que se transmita a él la posesión. Todas las clases de posesión son susceptibles de transmisión, con la regla especial del artículo 442 respecto de la posesión de mala fe.

En el capítulo V studia «el fenómeno sucesorio; apertura, delación, vocación y adquisición de la herencia».

El sólo hecho de morir engendra sin más la apertura de la sucesión: el patrimonio del causante deviene herencia. Así se desprende de los dos fundamentales artículos 657 y 661.

Para que haya sucesión no basta con que ésta se abra: ha de abrirse para alguien. Sólo hay delación cuando hay una designación específica de sucesor. Y sólo tiene este carácter la que subsiste y se individualiza al abrirse la sucesión. La designación virtual, en el llamamiento testamentario o en el legal, antes de producirse la sucesión, no engendra delación.

Existe las delaciones múltiples, las conjuntas (cuando la delación se hace sin especial designación de partes), las sucesivas (cuando hay varios llamados por orden sucesivo, como en las sustituciones fideicomisarias), y las subsidiarias (cuando se hace un llamamiento en defecto de otro primeramente establecido, como en la sustitución vulgar o en la sucesión intestada, según los diversos órdenes sucesorios).

La delación crea un derecho que se transmite a los herederos del llamado, conforme el artículo 1.006. La transmisión significa que, en lugar de producirse un llamamiento en favor de los herederos eventuales de grado ulterior del causante o en lugar de actualizarse posibles llamamientos ulteriores, la herencia pasa a los herederos del llamado a la herencia. La delación es uno de los derechos que integran la masa hereditaria.

Son requisitos de la transmisión de la delación la apertura de la sucesión, el llamamiento a favor de persona determinada y la supervivencia del llamado a la muerte del causante.

La transmisión de la delación es siempre una sucesión a título universal. La sustitución en la posición jurídica del llamado por sus herederos es una sucesión a título universal. Según el artículo 1.000. 1, los actos de disposición a título particular de la herencia, implican su aceptación, lo que destruye la posibilidad de la transmisión de la delación.

El artículo 843 regula un supuesto especial de derecho de transmisión.

Glosa las nociones de vocación y delación que expone LACRUZ BERNEDO en su Derecho Sucesorio. Considera útiles ambas nociones: centradas respectivamente sobre el llamamiento y sobre el llamado. El concepto de vocación, además, expresa el título o fundamento jurídico en razón del cual tiene lugar el llamamiento. Es imposible que se produzca la delación sin que una norma legal previa, directamente o a través de una declaración de voluntad, también previa, doten de fundamento a tal delación.

En el capítulo VI, destinado a la adquisición de la herencia, afirma que el fenómeno sucesorio está completo con la adquisición de la herencia, por virtud de la cual se incorpora al patrimonio del sucesor el conjunto de relaciones jurídicas que se le transmiten. Expone en sus conocidos términos los sistemas romano y germánico, respectivamente —adquisición «ope voluntatis e ipso iure», en líneas generales—. A su juicio no puede decirse exactamente que el Código Civil siga el sistema romano ya que éste, al lado de la adquisición voluntaria de los «heredes extranei», reconoció la adquisición «ipso iure» de los «heredes necesarii».

Tampoco sigue el Código Civil la tesis germánica, sustentada en nuestra patria por GARCÍA VALDECASAS. Una cosa es servirse del dato histórico propiamente dicho, o sea comprobar el proceso de formación y evolución de las instituciones, y otra bien distinta, crear categorías histórico-dogmáticas (como lo romano y lo germánico) y luego tratar de entender el Código Civil en función de ellas.

A tenor del Código Civil, la adquisición de la herencia tiene lugar con la aceptación y desde la muerte del causante.

Entiende el artículo 661, fundamental para la tesis germanista, no en el sentido de que el «solo hecho» de la muerte origina la adquisición de la herencia, sino en el sentido más limitado de que la muerte del causante es indispensable para que se produzca la sucesión y que concurriendo la aceptación los efectos de la adquisición arrancan, no de la aceptación misma, sino desde la muerte del causante.

Los artículos 988, 989, 440 y 657 refuerzan la tesis de la adquisición en virtud de la aceptación.

El capítulo VII se dedica a los supuestos determinantes de la delación: existencia y subsistencia del llamado al causante. El primer requisito de la existencia, no ofrece problemas: el Código Civil, en sus artículos 29, 37 y 38 determina cuáles son las personas físicas o jurídicas.

Tratándose de personas físicas, es necesario que el nacimiento tenga lugar antes de la apertura de la sucesión. Ello sin perjuicio de la importante excepción a tal principio que entraña la posibilidad del llamamiento del «nasciturus» que previene el artículo 29.

En el capítulo VIII, por el contrario, establece el autor los supuestos excluyentes de la delación.

El premuerto, que no existe al tiempo de causarse la sucesión no puede ser llamado. Sin embargo, hay un importante correctivo a tal principio en el llamamiento a los representantes de un heredero. No se trata de que por virtud del derecho de representación suceda el premuerto, pero sí que la premoriencia da lugar a unas consecuencias jurídicas sucesorias no circunscritas a la mera exclusión del fallecido antes de la apertura de la sucesión.

El no concebido, en principio, tampoco puede ser llamado. Puede constituir un problema delicado, determinar si al tiempo de la apertura de la herencia hay o no concepción. Algunos autores entienden que hay que aplicar analógicamente las presunciones que rigen en materia de legitimidad de los hijos.

Sin embargo, el rigor del principio fue atenuado por el Código Civil alemán y el italiano de 1942.

El Código español guarda silencio acerca de este punto. Sin embargo, tal silencio no obedece a olvido. No se atrevió el legislador a formular ninguna regla, a favor ni en contra. Este silencio ha permitido a la jurisprudencia, en algunos casos concretos y en la esfera de la sucesión testamentaria, dotar de derechos sucesorios al no concebido en el momento de la apertura de la sucesión.

El Código Civil que admitió las sustituciones fideicomisarias, prescritas en el Código Civil, las sujetó a limitaciones alternativas: que se hicieran a favor de personas vivas al tiempo del fallecimiento del testador o que no pasaran del segundo grado. De ahí se deduce que en el artículo 781 tiene encaje el llamamiento hereditario en favor de quien no viva en el momento de la muerte del testador.

No es obstáculo a tal admisión del llamamiento del no concebido la norma del artículo 784, que atribuye derechos al fideicomisario desde la muerte del testador. Porque la reiterada jurisprudencia ha aclarado que este precepto sólo se aplica a las sustituciones fideicomisarias puras, pero no a las condicionales. El llamamiento sucesivo diferido al no concebido se reputa condicional: la condición está representada por el

acontecimiento futuro e incierto del subsiguiente nacimiento del llamado.

El capítulo IX se destina a las prohibiciones de suceder. Entiende el autor que es incorrecto hablar de incapacidades relativas en los casos en que el Código impide suceder a personas determinadas respecto de determinadas disposiciones: en las prohibiciones no hay restricción alguna de la capacidad propiamente dicha.

La jurisprudencia ha reiterado que las prohibiciones para suceder han de interpretarse de manera estricta e incluso restrictiva.

El capítulo X, estudia la indignidad para suceder. La indignidad se produce cuando una persona observa respecto de otra una conducta ilícita (actos antijurídicos o inmorales con trascendencia jurídica).

La dicción del artículo 756 resulta incorrecta al hablar de incapacidad pues la indignidad no acompaña siempre a la persona y cabe la rehabilitación del indigno.

El fundamento de la indignidad sucesoria puede ser subjetivo, al considerar que la ley interpreta la voluntad presunta del testador que se dirigiría a excluir de la herencia a determinadas personas; u objetivo, al considerar sin más relevante la conducta en sí del indigno.

Las causas de indignidad del artículo 756 se pueden sistematizar en dos grupos: uno que comprende las causas necesitadas de tipificación penal, por lo que el efecto civil depende de un previo pronunciamiento penal; otro comprende las que se basan en una conducta inmoral o ilícita, apreciable por la jurisdicción civil.

Plantea el autor el problema de si la forma del Código Civil, de 24 de abril de 1958, que equipara el adulterio de la mujer y del varón a los efectos de la separación del matrimonio, lleva consigo la extensión de la indignidad al adulterio cometido con el marido de la testadora. Entiende que no, porque el artículo 855 que considera causa de desheredación las causas de separación de matrimonio, ha sido reformado por la reforma del 105, pero no lo ha sido el 756.

En las causas de indignidad que no precisan previo pronunciamiento criminal, si, no obstante, éste se ha producido, la prueba de la indignidad aparecerá como concluyente.

El artículo 674 tiene como finalidad privar del derecho a la herencia al que sea heredero abintestato del sujeto pasivo de la actuación coactiva. Fortalece las causas de indignidad de los números 6 y 7 del artículo 756.

Se observa que así como el Código Civil contenía un mínimo de causas de indignidad sucesoria, el Código Italiano de 1942 contiene una regulación muy semejante a la de nuestro Código.

El capítulo XI contiene la doctrina de los efectos de las prohibiciones de disponer y de las causas de indignidad para suceder.

Entiende que el artículo 755 no es aplicable a la indignidad para suceder, pues precede a la enumeración de sus causas. Es aplicable, por el contrario, a las prohibiciones de suceder, o incapacidades relativas, si bien puede extenderse asimismo a las incapacidades absolutas.

Dicho precepto comprende el caso de que la disposición testamentaria se disfraza bajo la forma de contrato oneroso: es un supuesto de simulación relativa. También cae bajo la prohibición del precepto el caso de la persona interpuesta: aunque en el testamento figurará una persona como beneficiaria, será normalmente ajeno al testamento el tránsito que haya de hacer la atribución patrimonial desde la persona interpuesta a la beneficiaria.

Entendemos, haciendo nuestra la opinión de HERNÁNDEZ GIL que el hecho de que el testador interponga persona o disfraza bajo la forma de contrato oneroso su disposición a favor del incapaz, son actos incompatibles con la indignidad sucesoria. Serían actos de remisión de

la indignidad, en el sentido del artículo 757 (conocer las causas de indignidad al tiempo de hacer el testamento).

El artículo 760 entiende HERNÁNDEZ GIL es de aplicación general. Se plantea el autor el problema de si este precepto sufre la corrección de los artículos 451 y 455, que aplican la conocida distinción entre poseedores de buena y mala fe a efectos de graduar los efectos de la restitución de la posesión. Parece —dice el autor— que ha de estarse a la norma especial del artículo 760, que toma en cuenta exclusivamente el dato de la incapacidad para ordenar la restitución.

El artículo 761 es aplicable sólo a las causas de indignidad y no a las prohibiciones. Ello porque el designio de este precepto es prescribir un efecto jurídico y evitar que afecte a los hijos y descendientes de la persona indigna.

Algunos autores entienden que la privación de la legítima del indigno se refiere sólo al supuesto de la causa segunda del artículo 756. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden aplicable esta privación a todas las causas de indignidad. En igual sentido, la sentencia de 28 de diciembre de 1947.

El artículo 761 priva de la administración y el usufructo dimanantes de la patria potestad al indigno: la previsión legislativa tiende a impedir que, a través de la patria potestad, realice el indigno acto de gestión sobre unos bienes de que ha sido privado.

El artículo 762, sólo es aplicable a las indignidades. Ello porque no puede ser aplicable a las incapacidades absolutas para suceder. Tampoco es aplicable a las prohibiciones, pues el artículo 762, sólo regula un plazo similar al del artículo 1.301 para la acción de anulación de un contrato. Y la prohibición no genera una mera anulabilidad de la disposición prohibida, sino una acción de nulidad imprescriptible.

Para el cómputo del plazo del artículo 762, no debe tenerse en cuenta el principio de la posesión civilísima del artículo 440.

Entiende que la remisión de la indignidad y consiguiente rehabilitación del indigno no significa que desaparezcan los efectos producidos ya por la indignidad, sino que se elimina la posibilidad de invocarla.

La remisión tácita —conocer al tiempo del testamento la causa de la indignidad— plantea el difícil problema de probar el conocimiento, cuando esto no se haga en el testamento. Pero en tal caso, cuando el testador manifiesta conocer la causa de la indignidad, y pese a ello dispone en su testamento a favor del indigno, en realidad lo que hace es remitir de modo expreso la causa de indignidad.

Nada se opone a que el documento público de que habla este precepto sea otro testamento, aun ológrafo, que originariamente no es un documento público. Tampoco es preciso que el testamento contenga ninguna otra cláusula. La capacidad para remitir está en consonancia con el tipo de documento público que se emplee: testamento o cualquier otro documento público.

En el capítulo XII, destinado a «capacidad e incapacidad de disposición», caracteriza la capacidad sucesoria con las siguientes notas: no puede suplirse la falta de capacidad, que o se tiene, o no se tiene. No cabe la posibilidad de completar o suplir la falta de capacidad mediante la intervención del titular de la patria potestad o de un organismo tutelar. Ello, en razón al carácter personalísimo del testamento. Sin embargo, una notable excepción a este principio lo constituyen las sustituciones pupilar y ejemplar de los artículos 775 y 776 del Código Civil.

Para este tipo de capacidad se exige un presupuesto psicofísico inferior al requerido para otra clase de actos jurídicos. Ello en función de la revocabilidad esencial del testamento, que no origina un ordenamiento irrevocable, como el contrato.

Sólo tienen capacidad testamentaria las personas físicas, no las jurídicas: el destino estatuario que imprimen éstas a sus bienes en la disolución no puede equiparse a un acto testamentario.

La capacidad de disposición debe apreciarse exclusivamente en el momento de otorgar el testamento: de ahí que sea perfectamente válido el testamento otorgado en intervalo lúcido.

El capítulo XIII se refiere a la incapacidad para testar.

La edad que previene el 663 para la testamentación válida es inferior a la de otros ordenamientos jurídicos: es uniforme, pues equipara a ambos sexos; sin embargo, se establece una edad especial para el otorgamiento del testamento ológrafo.

Entiende que debe aplicarse la computación natural y no la civil para apreciar la edad del testador.

El testamento otorgado por el menor de catorce años es radicalmente nulo e insubsanable. No puede ser confirmado ni ratificado cuando se alcance la edad de testar. No cabe suplir la falta de la capacidad: por ello, la nulidad es absoluta.

Dado el presupuesto psíquico o psiquiátrico de la capacidad o incapacidad, la determinación de una y otra constituyen un previo problema extrajurídico y médico. La cuestión de la capacidad o incapacidad, por lo tanto, se considerará por el Tribunal Supremo como cuestión de hecho. Pero el ordenamiento jurídico no se limita a someterse al resultado médico, ya que la norma contiene unos criterios configuradores de lo que entiende por incapacidad, tanto al referirse al carácter habitual o accidental del trastorno mental, como al cabal juicio. La capacidad, asimismo, se presume, y la incapacidad se presenta como excepción. En conclusión: si ha de partirse de un dato de hecho extrajurídico, la configuración y definición del alcance del mismo es una cuestión jurídica.

No es precisa la previa declaración de incapacidad del testador para que haya de reputársele incapaz.

De acuerdo con la opinión común de la doctrina, entiende que las formalidades especiales que exige el artículo 665 para el otorgamiento del testamento del demente en intervalo lúcido sólo son preceptivas en el caso de que haya mediado declaración judicial de incapacitación.

Sin embargo, aún cuando no haya mediado, es aconsejable la intervención de facultativos, como medio más seguro de acreditar la lucidez mental.

El testamento ológrafo no puede otorgarse en intervalo lúcido, pues ha de ser obra exclusiva del testador.

Entiende, con la doctrina dominante, que para anular el testamento otorgado por un demente ante Notario, basta con ejercer la acción de nulidad, fundada en la equivocada apreciación por el federativo de la capacidad, sin ser preciso, como entienden Núñez Lagos y otros que se declare la falsedad del documento público.

En el capítulo XIV, examina la aceptación y repudiación de la herencia. La declaración de voluntad que entrañan una y otra, es unilateral, en cuanto procede de una sola persona. No es recepticia ni necesariamente solemne.

La voluntariedad significa que nadie está obligado a aceptar.

La expresión «vicios del consentimiento» no resulta exacta, dado el carácter unilateral de la aceptación. Habrán de aplicarse por vía analógica las normas del Código Civil contenidas en los artículos 1.265 y siguientes.

La aceptación de la herencia presupone la apertura de la sucesión, la vocación y la delación. Eso es lo que quiere decir el artículo 991.

La repudiación tiene como particularidad el que necesariamente presupone la forma solemne, con arreglo al artículo 1.008.

Distingue entre aceptación expresa y tácita, como modalidades de la aceptación pura y simple.

El sentido del artículo 1.000, párrafo primero es que si el llamado a la herencia realiza algunos de los actos de disposición que el mismo prevé, no trasfiere su derecho a la herencia, sino la herencia o cuota ya adquiridas.

El párrafo segundo de dicho precepto, al establecer la aceptación de la herencia que se renuncia a favor de uno o más de los coherederos, tiene su fundamento en que la renuncia impone a la herencia un destino distinto del que se derivaría del derecho de acrecer.

Se pueden mencionar como supuestos de aceptación tácita: 1) el ejercicio de la acción de petición de herencia; 2) la reclamación extrajudicial de la partición, el ejercicio de la acción judicial en el mismo sentido y la aprobación de la partición realizada por un tercero; 3) el ejercicio de la actividad comercial como continuadores del causante, o la constitución de derechos reales limitados sobre los bienes hereditarios, siempre que excedan del margen de la mera administración.

El pago del Impuesto de Sucesiones entraña la aceptación de la herencia? Según la Dirección General de Registros, sí, siempre que se pague con metálico hereditario. Si el pago se realiza en interés de tercero y se hace constar así, no implica aceptación. Pero si la liquidación aparece girada a nombre del pagador, y éste no efectúa reserva alguna, al tiempo de efectuarla, el pago implicará la aceptación de la herencia.

El artículo 1.002 impone la aceptación pura y simple como sanción. Se trata de una pena civil, de carácter sancionador muy relativo, pues sólo implicará perjuicio cuando la herencia sea "damnosa". Tal sanción puede funcionar con independencia de un pronunciamiento penal.

El capítulo XV se destina a la capacidad para aceptar y repudiar las herencias.

El sentido del artículo 992 es el de requerir para la aceptación o la repudiación una capacidad de grado máximo. Sin embargo, la terminología del precepto no es correcta.

La mujer debe aceptar o repudiar, con licencia marital. No puede el marido actuar simplemente como representante legal de la mujer. Sin embargo, la licencia puede ser prestada a posteriori.

El efecto de la licencia marital debe obtenerse la aprobación judicial. Tal supuesto engloba toda falta de licencia marital, abstracción hecha de cuál sea la causa a que obedezca, siempre que no consista en no haberla solicitado.

La regla especial del artículo 995, 2.º, entiende el autor, contiene una limitación de responsabilidad. Por bienes ya existentes en la sociedad conyugal y que quedan exentos de responsabilidad por las deudas hereditarias, hay que entender, en rigor, todos, y no sólo los que tengan el carácter de gananciales, o sea, también los privativos del marido y los parafernales y dotes. En cambio estarán afectos a la responsabilidad hereditaria los bienes integrantes de la herencia, pero también los adquiridos con posterioridad, aunque no formen parte de la misma.

Entiende el autor que difícilmente puede considerarse como digna de subsistir una norma del Código Civil que no descansa sólo en sentimientos familiares, sino en velados celos acerca de la capacidad de la mujer, más aún después de las modificaciones introducidas en el Código Civil por la reforma del 24 de abril de 1958.

Los menores emancipados precisarán la intervención de su representante legal para aceptar o repudiar herencias, pues el precepto del artículo 992, 2.º no distingue.

Cuando el menor esté representado por el titular de la patria po-

testad ¿puede aceptar o repudiar libremente o bien precisa autorización judicial, ex artículo 165. Hay que distinguir:

Cuando el menor no tiene intereses contrapuestos con su padre o su madre, según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros, pueden el padre o la madre aceptar o repudiar sin necesitar tal autorización.

Cuando exista tal contraposición de intereses, se precisará la intervención de un defensor judicial. Ello no implica que el padre o la madre queden privados de la representación de los hijos, sino que deberán actuar con la intervención del defensor.

El capítulo XVI contiene la doctrina relativa a los caracteres generales de la aceptación y la repudiación.

La aceptación o la repudiación no podrán hacerse en parte.

La voluntariedad y la libertad de la aceptación y la repudiación tienen ese límite: han de proyectarse sobre el todo. La aceptación parcial es nula. La razón de ser de la norma descansa en la consideración de la herencia como una universitas, y en exigencias de la seguridad jurídica.

La individualidad debe predicarse respecto de cada heredero, no del conjunto de ellos.

Explica la regla del artículo 1.009, 1, en el sentido de que concurriendo dos vocaciones o títulos jurídicos, en orden al llamamiento, la renuncia en un concepto trae aparejada la renuncia en el otro.

Sin embargo, la renuncia a la sucesión intestada no lleva consigo la renuncia a la atribución testamentaria.

No existe la indivisibilidad de la aceptación y repudiación entre el título de herencia y el de legado.

La indivisibilidad en materia de legados se limita sólo a proscribir que se repudie lo gravoso y se acepte lo beneficioso: fuera de ello, se reconoce una plena libertad de acción.

Quedan prohibidas la aceptación y la repudiación a plazo o a condición, suspensivos o resolutorios. Sin embargo, es perfectamente posible aceptar herencias condicionales o sujetas a término.

La irrevocabilidad de la aceptación o la repudiación no impide la atribución hereditaria revocable. Así ocurre con el llamamiento bajo condición resolutoria: cumplida la condición, se extingue el derecho atribuido. Ello implica una revocación, pero no procedente del aceptante.

En el capítulo XVII, «beneficio de inventario», examina el autor los precedentes romanos de la institución, el concepto, la forma y el tiempo de solicitarlo.

En los efectos del beneficio se muestra partidario de la doctrina de la responsabilidad «cum viribus» del heredero beneficiado.

Entiende, de acuerdo con su teoría acerca de la naturaleza jurídica de la herencia, que los párrafos segundo y tercero del artículo 1.023, son un claro reflejo de la identificación de la personalidad del causante con la del heredero y de la separación de uno y otro patrimonio.

En el capítulo XVIII, expone la doctrina del derecho de acrecer

En virtud de tal derecho, se distribuye entre los coherederos y legatarios la porción de herencia o legado que habría correspondido a otro u otros designados como herederos o legatarios que no llegaron a serlo efectivamente.

La concepción del Código Civil se fundamenta esencialmente en la romana. La conjunción requerida por dicho cuerpo legal para que se dé el derecho no es tan rigurosa: El Código Civil como en el Derecho Romano, da lugar a este derecho en la sucesión intestada.

Algunos autores encuentran al derecho de acrecer desprovisto de todo fundamento. Lo encuentran injusto, basado en una ficción y de «iure condenando», condenado a la desaparición.

Admitida la racionalidad del derecho de acrecer, las tesis voluntaristas sostienen que el mismo se funda en la voluntad presunta del testador.

La concepción objetiva tiene diversas manifestaciones: la ley, la unidad del objeto, la comunidad de llamamientos y la regla clásica «concurso partes fiunt, cessante concurso, partes cessant».

Para el autor, el fundamento del derecho de acrecer no es unitario ni arranca, en todo caso, del derecho de acrecer mismo. No es exactamente igual el derecho de acrecer en la sucesión testada que en la intestada.

En la sucesión testamentaria, la razón de ser última en que se basa es la fidelidad a la voluntad del testador. Ante la falta de algunos llamados, se es más fiel a esa voluntad distribuyendo su parte entre los que restan que dando entrada a personas distintas no designadas por el causante.

En la sucesión intestada, el derecho de acrecer se conexiona con la regla general de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto.

Estudia el autor los requisitos del derecho de acrecer. El llamamiento conjunto se caracteriza porque existe cuando no hay una especial designación de partes. No hay llamamiento conjunto cuando a cada uno se asigne un cuerpo de bienes separado.

Precisar si hay o no una designación de partes compatible o incompatible con el derecho de acrecer es más difícil cuando la designación se hace, en general, por partes alicuotas. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1917 y la resolución de la Dirección General de los Registros de 4 de enero de 1903 se muestran propicias a un criterio de amplitud.

Sin embargo, entiende que no procede el derecho de acrecer cuando los herederos han sido llamados a partes alicuotas desiguales.

Habrà lugar al derecho de acrecer cuando el testador, aun no empleando en su disposición fórmulas que encajen dentro de los artículos 982 y 983, declara expresamente su voluntad de que se produzca, invocándolo nominalmente.

Estudia los supuestos de cuota vacante que generan el derecho, estimando un caso dudoso en el contemplado por el artículo 191. GONZÁLEZ PALOMINO estima a tal respecto que los coherederos del declarado ausente sólo adquieren los bienes cuando se declare el fallecimiento.

No funciona el derecho de acrecer cuando se produce la transmisión del «ius delationis», conforme al artículo 1.006.

No parece al autor innecesaria la doctrina del artículo 981 al admitir el derecho de acrecer en la sucesión intestada. En el caso de premoriencia de uno de los parientes que perteneciese al mismo grado de los que han de heredar, el llamamiento ocurre cuando ya no existe el premuerto. Por lo tanto no hay porción vacante, ni derecho de acrecer, bastando para resolver el problema al principio de que el pariente más próximo excluye el más remoto.

Sin embargo, cuando un pariente llamado repudia la herencia, se rompe la coincidencia entre la vocación y la adquisición, se produce la existencia de una cuota vacante, requisito capital del derecho de acrecer, y es lógico que para el destino ulterior de esta cuota se utilice el molde de este derecho.

Los requisitos del derecho de acrecer en la sucesión intestada son en esencia los mismos que en la testada. La conjunción de llamamientos no presenta aquí problemas especiales: va siempre implícita en el modo de llamar la ley a los herederos intestados.

En la sucesión intestada el derecho de acrecer está limitado por el derecho de representación, que tiene carácter preferente (ex art. 922)

En la legítima no se da el derecho de acrecer. Se ha criticado al Código que admita tal derecho en la sucesión intestada y lo rechace en la forzosa. Sin embargo, entiende HERNÁNDEZ GIL que si ha procedido así no ha sido en detrimento de la legítima, sino por la superior consideración que éste le merece.

Al establecer que en la porción vacante los legitimarios sucederán por derecho propio y no por derecho de acrecer, ha querido significar dos cosas que cuadran perfectamente con la naturaleza de la legítima: su pleno carácter «ex lege» e inherente a la persona, y la invariabilidad de la misma, cualquiera que sea el número de los legitimarios.

Respecto de la controvertida cuestión de si procede o no este derecho respecto a la mejora, estima atendibles las razones de DE DIEGO favorables a su aplicación. Debe proceder el derecho de acrecer con relación a la mejora cuando concurren los requisitos de los artículos 982 y 983.

El efecto esencial del derecho de acrecer inherente a todas sus manifestaciones es la adquisición por los beneficiarios del mismo la porción de herencia o legado vacantes.

El derecho de acrecer ¿es voluntario o forzoso?

En la sucesión testamentaria, se entiende por la doctrina dominante que es voluntario. La porción acrecida es autónoma de la originaria. Sin embargo, reconoce que tal solución no es esencialmente connatural con el derecho de acrecer.

En la sucesión intestada, también según la doctrina dominante, el derecho de que tratamos actúa con carácter forzoso.

El derecho de acrecer no es un derecho plenamente independiente de la porción originaria, pero tampoco constituye simple ingrediente o contenido de la cuota hereditaria. Es un derecho conexo y en situación de dependencia.

El derecho de acrecer se produce «cum onere», según la doctrina del artículo 984.

El último capítulo de la obra expone la materia de la reserva ordinaria.

Cabe definir la reserva ordinaria como la obligación impuesta al viudo que haya contraído segundo o ulterior matrimonio o tenga un hijo natural en estado de viudez, de conservar o indemnizar por el equivalente a los hijos o descendientes del primer matrimonio, respecto de aquellos bienes que hubiera adquirido por título lucrativo del cónyuge premuerto, de los hijos habidos de dicho cónyuge, o de los parientes del mismo por consideración a él.

Las dos innovaciones más importantes introducidas por el Código Civil son: considerar como reservatarios, además de a los hijos, a los otros descendientes, y establecer la obligación de la reserva para el caso del nacimiento de un hijo natural.

Si la institución se mantiene modernamente, no es en razón de su fundamento inicial. Las segundas nupcias por sí no se reprueban ni se penalizan. La razón de ser en la actualidad de la institución radica en la protección del interés de la descendencia del primer matrimonio.

Lo natural es que el binubo mantenga la adecuada línea de separación entre los intereses del anterior y del posterior matrimonio, pero el Código no quiere dejar esto a su conciencia e impone, preceptivamente para evitar posibles perjuicios, la obligación que entraña la reserva.

La mayoría de los ordenamientos, sin embargo, desconocen la institución. Y no faltan autores que censuran su vigencia.

HERNÁNDEZ GIL, por el contrario, estima que debe mantenerse una institución que protege intereses de la familia.

Existe obligación de reservar aún cuando el matrimonio se haya celebrado contraviniendo las prohibiciones del artículo 45.

La nulidad del matrimonio, según la opinión de la doctrina más fundada, no exime de la obligación de reservar, pues según el artículo 69, el matrimonio nulo produce efectos en relación a los hijos.

Los hijos beneficiarios de la reserva han de ser los comunes del matrimonio anterior, no los hijos de uno solo de los cónyuges. Los hijos y descendientes tienen que ser legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio. Los hijos desheredados justamente por cualquiera de los cónyuges, carecen de derecho a la reserva, pero si tuvieron hijos o descendientes estos ocuparán su lugar y conservarán su derecho de herederos forzosos respecto de la legítima.

Rechaza las opiniones que configuran la posición del reservista como un usufructo o como el llamamiento a favor del fiduciario en el fideicomiso condicional.

La reserva se diferencia del fideicomiso en razón a su origen. Cumplen ambas instituciones diversas finalidades. El fideicomiso afecta a los bienes recibidos por testamento, mientras la reserva se refiere a los adquiridos por cualquier título lucrativo. El fiduciario no puede enajenar los bienes fideicometidos, mientras que si lo puede hacer, limitadamente, el reservista.

La determinación de los bienes objeto de la reserva la realiza el Código en función de dos criterios: procedencia de los bienes y título de adquisición.

La doctrina entiende que no son objeto de reserva los bienes procedentes de descendientes distintos de los hijos. Ello, por el carácter restrictivo de la interpretación de la reserva. Pero el autor estima, acertadamente a nuestro entender, que es anómalo e ilógico que los descendientes de grado más alejado que los hijos, que son beneficiarios de la reserva, no vean afectados por la obligación de reservar los bienes que transmiten a sus ascendientes.

Entiende con la generalidad de la doctrina que los bienes procedentes de los parientes del cónyuge premuerto en consideración a éste deben ser los que se hallen en cuarto grado. Debe probarse el móvil psicológico «en consideración al difunto».

El título de adquisición que origina la reserva ha de ser lucrativo. Lo mismo comprende los actos inter vivos que los mortis causa, las adquisiciones voluntarias y las por ministerio de la ley.

El tiempo en que haya sido hecha la adquisición es indiferente: en vida del otro cónyuge, como consecuencia de su muerte o después de su muerte.

Se excluyen de la reserva, además de la mitad de gananciales del cónyuge viudo: las cosas dadas o dejadas a los padres por los hijos sabiendo estar casados en segundas nupcias. No se comprende por tanto, lo adquirido por el padre o por la madre binubos por ministerio de la ley de los hijos, aún cuando éstos supieran estar casados aquéllos.

Según algunos autores hay que excluir los bienes dotales, las donaciones «propter nuptias» y la cuota viudal.

El reservista puede enajenar. No hay prohibición absoluta de enajenar. La enajenación es válida, pero la propiedad o los derechos transmitidos son revocables. Eso sucederá si a la muerte del reservista sobrevive algún reservatario.

Entiende el autor que para impugnar las enajenaciones afectadas por la obligación de reservar, no procede ejercer la acción de nulidad, ya que la enajenación no se prohíbe en absoluto ni está falta de un requisito esencial. A lo sumo podría hablarse de una acción de anulación basada en la anulabilidad de la enajenación. Mejor cabía enmarcarla en el mecanismo de la acción rescisoria: los legitimados para su ejercicio son personas ajenas a la enajenación (los hijos reservatarios) y el fundamento de la acción es evitar que la enajenación pro-

duzca un perjuicio económico a dichos reservatarios, aún siendo perfectamente existente y válida.

Cabe que la enajenación se consolide: si a la muerte del reservista no quedan hijos o descendientes del primer matrimonio; o si los bienes se hallan en poder de terceros de buena fe protegidos por el Registro. En este último caso, sin perjuicio de las acciones personales de indemnización que procedan.

Las facultades de enajenación del reservista respecto de los muebles son plenas: sólo se le impone una obligación de indemnizar su valor.

Así como las facultades de enajenación por actos «inter vivos» de los bienes reservados son relativamente amplias, la prohibición es mucho más fuerte para las disposiciones «mortis causa». Los bienes reservados tienen un destino determinado por la ley. Sucede lo mismo que con la legítima, sólo que mucho más intensamente.

Interpreta la mejora del reservista en el sentido de que no la tercera parte de los bienes reservados, porque aquí falta el tercio de libre disposición, sino la mitad de los mismos, es lo que puede ser objeto de mejora, por el juego combinado de los artículos 823 y 972. Las hipótesis son éstas: no se ha hecho uso en todo de la facultad de mejorar (hay que combinar la mejora con las reglas de la sucesión en línea recta descendente); no se ha hecho uso tampoco en parte (falta la mejora y se aplican sólo las reglas de la línea recta descendente); se ha hecho uso en todo de la facultad de mejorar (lo mismo que en la hipótesis primera).

El reservista tiene una obligación general de conservación. Pero esta obligación no es absoluta y perfecta, de manera que los bienes reservados no permanecen rigidamente inmovilizados. Por eso, mas que una obligación de conservar, lo que existe es una restricción de las facultades de disposición.

El patrimonio reservado queda separado, individualizado y afecto a un fin.

Para la efectividad de tal obligación del reservista, existen un conjunto de obligaciones que se enumeran en el artículo 977.

Se ha cuestionado si el reservatorio puede enajenar su derecho.

La jurisprudencia lo ha admitido abiertamente. Sin embargo, algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros han sostenido no ser hipotecables los bienes reservados para no ser enajenables.

Estima el autor que la enajenación de sus derechos por el reservatorio es válida y no constituye un pacto sobre herencia futura de los prohibidos por el artículo 1.271.

Sin embargo, el reservatorio no puede transmitir «mortis causa» los bienes reservados.

La reserva se extingue cuando fallece el reservista y el reservatorio le sobrevive.

El reservatorio no sucede al reservista, sino que, con motivo de la muerte de éste, sucede a aquel de quien proceden los bienes reservados y en cuanto a tales bienes reservados. El artículo 973, aunque expresamente nada diga, permite esta construcción.

Tal sucesión se produce de acuerdo con las reglas prescritas para la que se origina en línea recta descendente, aunque en virtud del testamento hubieran heredado los hijos desigualmente al cónyuge premuerto o a aquel de quien proceden los bienes.

Cabe renunciar a la herencia de aquel de quien proceden los bienes y aceptar la reserva. Con mayor razón es posible aceptar la reserva y renunciar a la herencia del reservista.

¿Quién puede desheredar respecto de la reserva? Sólo el cónyuge premuerto, no el reservista.

El que los hijos hayan heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hayan renunciado a su herencia no produce consecuencias en orden a la reserva. Pero si las produce la desheredación del mismo, hasta el punto de eliminar la reserva.

Entiende el autor que si los bienes proceden no del cónyuge premuerto, sino de los hijos del primer matrimonio, habrá de estimarse que la desheredación que puedan efectuar produce las mismas consecuencias.

A nuestro entender, es imposible que se dé tal supuesto, pues la desheredación en su sentido técnico sólo procede respecto de la legítima debida por un causante a un legitimario, y los hijos del cónyuge premuerto de los que proceden los bienes, no causan legítima a favor de los reservatarios.

La renuncia a la reserva tiene que ser expresa y producida por hijos o descendientes mayores de edad. No tiene que ser solemne, a diferencia de la repudiación de la herencia.

Después de la muerte del reservista no cabe hablar propiamente de renuncia a la reserva, sino de renuncia a los bienes reservados. Aunque la reserva está extinguida con la muerte del reservista, hay que constar con la voluntad del reservatario, que puede manifestarse en sentido negativo.

Los efectos propios de la renuncia son: la adquisición por el reservista de la plena titularidad de los bienes, la consolidación de las enajenaciones y la irrevocabilidad de los derechos.

La renuncia no afecta a los descendientes de los renunciantes, y entre los corresponsarios funciona el derecho de acrecer.

La obra, pues, dentro de su elementalidad, constituye una aportación valiosísima de su autor al esclarecimiento de las nociones fundamentales del Derecho Sucesorio. No sólo los estudiantes, sino los profesionales todos del Derecho, obtendrán gran provecho de su estudio.

ENRIQUE FOSAR BELLOCH,
Notario.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *«Marxismo y Positivismo Lógico. Sus Dimensiones Jurídicas»*. Madrid, 1970, 167 págs.

El profesor ANTONIO HERNÁNDEZ GIL ha publicado por conducto de Rivadeneyra una interesante obra cuya recensión acometemos. La producción doctrinal, del autor es bien conocida. Entre sus primeros escritos alternan los que son desarrollo de la memoria de oposición («El concepto del Derecho Civil» (1), 1943; «Las direcciones metodológicas en la ciencia del Derecho y la consideración de la realidad social» (2), 1944, etc.), con los que son fruto de su inquietud en nuevos campos y singularmente en el de la posesión, tema del que él mismo se confesará «viejo aficionado» en 1969 (3) (Recuérdense los completísimos artículos en la R. D. P., «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de privación ilegal» (4), 1944 y «De nuevo sobre el artículo 464» (5), 1945)

(1) Publicado por la Ed. R. D. P.

(2) Artículo aparecido en la R. G. L y J. de 1944, pág. 601.

(3) Cf. «La función social de la posesión». Alianza Ed. Madrid 1969, pág. 90.

(4) En R. D. P., junio 1944, n.º 327, pág. 491.

(5) Misma revista 1945, pág. 413.

Posteriormente sus publicaciones fueron escaseando («El testamento militar», 1946; «En defensa del Código Civil» (6), hasta casi desaparecer en la década de los años cincuenta, con la excepción de un artículo en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con el que se acercaba a la problemática foral (7) y de algún prólogo (8) y conferencia (9) ocasionales.

El decenio que ahora concluye saluda a una renovada y copiosa producción de este interesante autor. Se inicia con su «Derecho de obligaciones», 1960, posible fruto de su silencio anterior y se continua con trabajos monográficos (10) y prólogo (11) hasta llegar a las laboriosas e incesantes publicaciones de los últimos años («Dictámenes», (12), 1968; «La función social de la posesión», 1969 y ya en 1970 la que ahora es objeto de nuestra atención).

A lo largo de toda su obra se observa en el profesor HERNÁNDEZ GIL una notable capacidad para las cuestiones teóricas y filosóficas, inmejorable instrumento para abordar coherentemente el pelágo de cuestiones técnicas que presenta el Derecho Civil. En otro orden, su estilo es rápido y preciso como pocos.

La obra que paso a comentar lleva por título «Marxismo y positivismo lógico. Sus dimensiones jurídicas». Consta de seis capítulos, subdivididos cada uno en un número vario de apartados. Pero con independencia de esta parcelación formal, el libro presenta en realidad dos partes marcadamente distintas: las sesenta y ocho páginas dedicadas al marxismo, por un lado, y las noventa y seis restantes para el positivismo lógico, de otro. No existe motivo especial para una agrupación de dos corrientes tan dispares y así se apresura a aclararlo el autor en unas palabras preliminares: «El hecho —dice— de que éste (el positivismo lógico) y el marxismo aparezcan unidos en el título del presente libro, no responde a ninguna razón de orden intrínseco». «Acaso —insiste— pueda considerarse el contraste como una de las explicaciones del enlace, puramente gramatical, que se produce al escribir Marxismo y Positivismo Lógico».

Las dos partes, a su vez, se estructuran con pretensión paralela: un primer capítulo destinado a recoger los rasgos definitorios de las dos expresadas doctrinas y otro u otros a ahondar en sus repercusiones jurídicas. Descubrense una vez más las dos dimensiones —filosófica y técnica— de su bifaz autor.

En la primera parte y en su primer capítulo, como digo, se aborda una apretada panorámica de la doctrina marxista. La ortodoxia de la exposición, hasta donde a mí se me alcanza, es impecable. El autor se

- (6) Conferencia pronunciada en la Escuela Social de Madrid en 8-5-48. folleto publicado por dicho centro.
- (7) Reflexiones sobre el Derecho foral y la Unificación del Derecho R. G. L. J. 1955, pág. 7.
- (8) Sirva de ejemplo el de la obra de Pascual Quintana «En torno al concepto del Derecho Civil».
- (9) «Algunos problemas metodológicos». Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado en 29-11-1956.
- (10) «La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar», en Estudios de Der. pub. y priv. en honor del profesor Ignacio Serrano Serrano. T. I, pág. 413.
- (11) Verbigratia el de los «Dictámenes» del profesor Serrano para el que tiene sentidas palabras o el de la edición comentada por ABELLA de la Ley de uso y Circulación de vehículos de motor donde expone muy atinadas consideraciones sobre la responsabilidad objetiva.
- (12) Publicado en Madrid por los Sucesores de Rivadeneyra, S. A., a quien ha confiado también el que ahora se recensiona.

revela como un profundo conocedor del pensamiento filosófico de Marx y sus seguidores, sin que su insobornable objetividad permita averiguar qué relación ideológica guarda con él.

En su análisis procede escalonadamente: comienza con la dialéctica de Marx, antitesis materialista de la de Hegel y va explayando los tres campos de la existencia donde aquélla se evidencia: la naturaleza —dialéctica de la naturaleza—, la humanidad o naturaleza consciente —dialéctica histórica— y el pensamiento, emanación de dicha humanidad —dialéctica del pensamiento—. Se desentiende de esta última, insiste ligeramente con citas de Engels y Lenin en la primera y se detiene en la segunda que le sirve de enlace con el siguiente paso doctrinal: el materialismo histórico o «aplicación al mundo de la sociedad de los criterios establecidos para explicar el mundo de la naturaleza».

Del materialismo histórico resalta la ley general que lo rige: el modo de producción, esto es, el modo de procurarse los medios de subsistencia, determina las relaciones de producción —distribución y cambio de lo producido— quedando supeditadas éstas al cambio de aquél. Y a renglón seguido hace hincapié en la relación productiva que caracteriza la actual etapa capitalista: la propiedad privada cuyas contradicciones arrastrarán fatalmente la ruina del sistema.

Concluye la apretada visión del pensamiento marxista del que por razones obvias omite muchos aspectos económicos y sociológicos, exponiendo la archiconocida determinación de la capa ideológica o superestructura de la sociedad por el sistema económico de producción o infraestructura, sin olvidar el no menos reconocido reflejo de la superestructura condicionada en la infraestructura condicionante.

En los últimos párrafos del capítulo resalta el autor en tono casi apologetico, los valores filosóficos del marxismo y procede a decantarlo con gran sutileza de las otras dos grandes corrientes de la filosofía actual: del existencialismo y del neopositivismo.

Condensada así la doctrina con la que hoy comulga oficialmente un tercio de la humanidad, HERNÁNDEZ GIL, estudia su dimensión jurídica es decir, la visión que sobre el derecho mantuvieron los creadores del movimiento y la que mantienen los teóricos actuales de mayor solvencia.

Recuerda por ello, en primer lugar, las escasas obras en que CARLOS MARX opinara sobre la materia en que se iniciara como universitario y resume detenidamente la visión engelsiana del Estado y del derecho, resaltando la profecía que sobre su desaparición aflora en las páginas del celeberrimo «Origen de la familia, de la propiedad y del Estado». Dando un salto en el tiempo, comenta, en segundo término, la «Teoría General del derecho» de Pashukanis, autor del periodo inmediato a la Revolución cuya obra significa un intento de conciliar el uso de las formas jurídicas del mundo burgués con una ineludible disección de su contenido sociológico y clasista con el propósito de lograr con ello unos resultados semejantes a los obtenidos por MARX en su análisis de la economía capitalista. Del cometido de éste diferencial sólo el que por lo que al derecho se refiere es inútil acometer una sustitución de las formas estudiadas y desveladas, porque constituyen en el mejor de los casos una emanación ideológica burguesa en trance de desaparición.

Por último y con alusiones a teóricos de menor relieve —STROGOVICH, KETCHEKIANI y PRONTKOVKY—, recoge un estadio posterior en el pensamiento jurídico soviético en la persona del «staliniano» VYSHINSKY. Este autor critica la opinión de PASHUKANIS respecto a la extinción gradual del derecho, tesis peligrosa para el sostenimiento institucional del Estado Socialista y defiende su papel como soporte de la clase explotada, hoy en el poder, frente a los embates interiores y exteriores de la clase desterrada del mismo.

Como conclusión a esta primera parte, HERNÁNDEZ GIL formula dos reparos, dos consideraciones críticas a la teoría marxista del derecho: de un lado la amplitud temática de que adolece, su diversidad de contenido tan pronto centrado en las residuales formas burguesas como en la explicación del pujante derecho socialista y aunque la finalidad táctica y política de subrayar ayer este punto y hoy este otro no impide su conjunción teórica, duda un tanto escépticamente que la incuestionable normatividad socialista vaya a ser «un mero canto de cisne, preludio de la definitiva muerte del derecho». Por otra parte califica de idealista y profético el vaticinio engelsiano de la desaparición del derecho. Idealismo que contrasta marcadamente con el materialismo de toda la doctrina marxista.

A la vista de estas serias críticas yo le preguntaría al profesor HERNÁNDEZ GIL, desde luego sin el despropósito de una desigual polémica, si podemos exigirle al socialismo que presente realizaciones que pertenecen a la etapa comunista, tras poco más de medio siglo de vida y concebido y desarrollado como está entre un capitalismo y un neocapitalismo agresivos y belicistas, si la desaparición por innecesario, del derecho no se trata más que de una inspiración cuasitalmúdica de una conclusión científica, inatacablemente avalada por la dialéctica histórica y si esos síntomas contradictorios del sistema soviético —su hipertrofia legislativa, por ejemplo— no se explican mejor que como aireados fracasos, como enfermedades juveniles de inevitable padecimiento para alcanzar su lozanía.

En la segunda parte se repite el esquema: exposición teórica del positivismo lógico y movimientos afines, primero y repercusión de estas corrientes en el campo del derecho y en especial en el de su investigación científica, después.

Se resumen el positivismo lógico, también llamado neopositivismo o tercer positivismo como «movimiento que busca un saber científico comprensivo y universal, excluyendo o absorbiendo el saber filosófico, el fisicalismo, variante antimetafísica y monometodizante del positivismo lógico, la corriente logicista —formal y simbólica— y la semiótica o ciencia de los signos. Con singular maestría conecta todas estas doctrinas y les proporciona una coherencia de la que en realidad carecen

Por lo que a su reflejo jurídico respecta, destaca las posibilidades de la lógica formal y de su depuración lingüística en punto al derecho y la especialidad de la lógica deóntica dentro del campo general de la lógica con exquisita demostración de sus posibilidades y límites en las presunciones del Código Civil y en el principio «nadie puede dar lo que no tiene». Intercala entre ambos temas una digresión sobre BOBBIO y el positivismo.

Desde luego, la obra del profesor HERNÁNDEZ GIL, con las ligeras discrepancias reseñadas, es de un sumo interés. El filósofo del derecho encontrará en ella atinadas sugerencias en las que poder ahondar y como no, juicios con los que polemizar. Los prácticos, por su parte, dispondrán en sus breves páginas al par que de una actualísima panorámica de las principales directrices de pensamiento actuales, de unas insospechadas implicaciones en su cotidiano campo de esas construcciones que a menudo se piensan relegadas a los manuales de filosofía.

J. M. REY PORTOLÉS.

MORELLO, UMBERTO: *«Frode alla Legge»*.—Collana degli Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, n.º 20.—Milano, Giuffrè, 1969. (Pgs. VIII-372).

Es notorio que la doctrina jurídica italiana se ha venido mostrando tradicionalmente poco favorable a la consideración de la figura del fraude a la ley; no sólo en el campo del Derecho interno (a través de su amplia concepción de la simulación y del magisterio de FERRARA), sino también y muy especialmente en el del Derecho internacional privado (tendencia que arranca de ANZILOTTI y OTTOLENGHI). Sin embargo, en estos últimos años se aprecia una corriente matizadora del problema, y en esta dirección se inscribe la presente obra.

Muy notables son los índices que figuran en la obra: uno sistemático de conceptos empleados, otro de preceptos legislativos y convencionales empleados y un tercero por autores.

Comprende la obra cuatro capítulos, comenzando con una evolución histórica de la noción, a raíz de los célebres textos de PAULO y ULPIANO en el Digesto y de la Constitución de TEODOSIO y VALENTINIANO en el Código, con los sucesivos comentarios de los glosadores primero y de los romanistas después. Con estos materiales se fueron precisando nociones que luego han revestido importancia en la matización del concepto con otras figuras afines, como «voluntas legis», «fraus», «aequitas», «bona fides»; hasta llegar a la distinción general entre «contra legem agere» (ilicitud, ataque directo al precepto) e «in fraudem legis agere» (ataque indirecto). Ya desde estas posiciones advierte el autor que empiezan a afirmarse las dos tendencias características en torno a la noción, subjetiva y objetiva.

Contempla seguidamente el autor la trayectoria de los diferentes sectores y corrientes doctrinales: primero la germánica e italiana en el ámbito civil (KÖHLER, RABEL, REGELSBERGER; teoría del «negocio indirecto»; ROTONDI, CARRARO, etc.). Después, la francesa —muy importante—, desde el «Ancien Droit» (CUIJAS, POTHIER), hasta las modernas teorías del abuso de derecho. Penetramos luego en el ámbito del Derecho internacional privado, desde el clásico asunto Bauffremont-Bibesco, hasta los numerosos supuestos combatidos por la jurisprudencia francesa: cambios fraudulentos de domicilio en materia de ejecución contractual, sucesión mobiliaria o divorcio, conclusión de negocios jurídicos en el exterior («locus regit actum») para eludir normas imperativas internas, especialmente en materia matrimonial, o conexión artificial con determinada norma extranjera a dicho fin, o incluso ciertas manifestaciones de sanción de fraude a una ley extranjera («fraus legis alienae»); todo ello sostenido por una importante construcción doctrinal, en la que destacan nombres como ARMINJON, NIBOYET, PERROUD, DESBOIS, LIGEROPOLLO-AULAGNON, DONNEDIEU DE VABRES, MAURY, LOUIS-LUCAS, BARTIN, LÉRÉBOUS-PIGGEONNIÈRE, VIDAL, BATIFOL. Por lo que respecta a Italia, la problemática en torno a estas cuestiones se ha movido tradicionalmente en torno a la materia matrimonial y familiar, pero la doctrina se encontraba dividida en cuanto el grado de reacción a adoptar frente a tales tentativas calificables de fraudulentas, desde las más enérgicas de GABBA, ESPERSON y FEDOZZI hasta otras más matizadas, las ya citadas de OTTOLENGHI y ANZILOTTI y la de PACCHIONI, para las cuales bastaba extremar el análisis interpretativo de la norma supuestamente defraudada, o, en todo caso, fiscalizar la pretendida ejecución de la sentencia extranjera en la materia, sin necesidad de recurrir a una específica categoría doctrinal.

Sigue el autor contemplando otros posibles casos de fraude a la ley en el Derecho interno, habitualmente no catalogados como tales por la doctrina (superación de la personalidad jurídica de ciertas entidades, en relación con la denominada teoría del «levantamiento del velo social»; las llamadas «recomendaciones de precios» por la doctrina alemana en relación con la legislación antimonopolio; y ciertas evasiones impositivas conseguidas a través de deformaciones de conceptos civiles empleados por las leyes fiscales). Se concluye esta parte con la afirmación del carácter poco satisfactorio que ofrecen en Derecho positivo las cláusulas generales de fraude a la ley e incluso las categorías dogmáticas construidas en torno a ellas, por su carácter tópico.

La siguiente parte de la obra se dedica a la consideración de los procedimientos que en los diferentes países y sistemas legislativos se han ido arbitrando para superar los esquemas conceptuales excesivamente rígidos, con el fin de lograr una correspondencia entre la apariencia o forma legal y la realidad o sustancia económica del asunto. Dentro de este marco general es donde debe situarse la problemática de la figura que nos ocupa. Por la especial relación que han tenido y tienen con la misma son especialmente analizadas las categorías de la simulación y del negocio indirecto, concluyendo el autor que la problemática del fraude a la ley no es totalmente reconducible ni subsumible en las mismas. Y algo semejante ocurre en Derecho internacional privado, donde el autor considera que no basta el exclusivo recurso a la categoría del orden público ni tampoco una extremada ponderación de los criterios de conexión que prevenga los casos de fraude; especialmente en materia de sociedades, máxima preocupación del autor.

Para el autor resulta sumamente útil la contemplación del panorama que ofrecen los países del «Common Law», en los que, si bien la doctrina ha empleado alguna vez la expresión «*evasion of law*», no se plantea ésta como problema autónomo, resolviéndose las cuestiones que la implican por la jurisprudencia sin el recurso a criterios dogmáticos o cláusulas generales. No existe una concepción del Derecho como «*ius strictum*» ni una decisión silogística de las cuestiones por los Tribunales; además éstos respetan en todo caso la esfera de la autonomía privada, área en la que difícilmente se presentarán abusos por parte de los particulares. Dada esta especial situación jurídico-cultural los problemas son muy distintos, y ni tan siquiera en la esfera cubierta por la noción de «*public policy*» encontraremos casos semejantes a los de fraude a la ley.

En la medida de lo posible —concluye el autor— se habrá de buscar una cierta transposición de la situación antedicha de los Derechos continentales y en especial al italiano. La noción de fraude a la ley puede resultar de utilidad no tanto como categoría dogmática rígida o cláusula legal especial, sino en cuanto exponente de una «técnica», de una especial «posición» del intérprete del Derecho ante casos que postulen un especial tratamiento y adecuación a la realidad.

Esta obra que hemos comentado ofrece además para el estudioso del Derecho positivo el atractivo del gran número de cuestiones incidentales que el autor aborda con gran acopio de datos, relativas no sólo a Derecho Civil, sino a Derecho mercantil, laboral, tributario, administrativo, etc.

PELLA Y FORGAS, JOSÉ: «*Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas (Examen especial de las ordenaciones llamadas de Sanctacilia)*». Colección de «Estudios prácticos de Derecho Catalán», de Ed. Bosch, 2.^a ed., 1969, 199 págs.

1. EXAMEN ANALÍTICO DE LA OBRA.—La primera edición de esta obra se remonta a 1901 y estaba agotada: de ahí la necesidad de ponerla al día, como ha hecho el hijo del autor con devoción filial y tratamiento respetuoso del contenido de la misma.

La aparición de esta obra se enmarca en un contexto histórico determinado y concreto: el de la «renaixença» de la cultura catalana. A su vez este renacimiento obedecía a causas mucho más profundas, en partes políticas y en parte socio-económicas. Fue este conjunto de circunstancias el verdadero 'substratum', subyacente y determinante al propio tiempo, justificativo de la puesta al día del consuetudinario y romanizado derecho catalán. Por todo ello, no debe extrañarnos que el propio Autor ponga de relieve que «el renacimiento del derecho catalán fue impulsado por los Congresos de Jurisconsultos y por los «meetings» contra el Código Civil... el primer fruto de ello ha sido que salieran a la luz obras destinadas al estudio profundo de la legislación e historia catalanas»...

Un examen algo más promenorizado de la obra nos permite seguir el hilo del pensamiento del Autor. Distingue en ella una parte preliminar, tres partes y unos apéndices. En la parte *general y preliminar*, dedicada al estudio de los Orígenes y examen de la Colección legal 'Las Consuetuts de Barcelona' llamada vulgarmente de Sanctacilia, trata, respectivamente, del origen histórico de tales 'Consuetuts', de cuándo se sancionaron, a quién se deben, sistema que siguió el compilador, visión jurídica general de la colección, y extensión y vida del derecho contenido en ella. En este apartado de la obra, el Autor nos brinda una enorme erudición y una labor de investigación de un periodo de historia de fuentes poco claras, consiguiendo descifrar el porqué, el quién y el cómo de las 'Ordinaciones de Sanctacilia'. El *porqué* se debe al estado caótico de la legislación en tiempos de mucha edificación y a la necesidad de evitar la confusión originada por la aplicación diaria de un derecho esencialmente popular y consuetudinario. Sobre el *quién*, o sea, acerca de la AUTORIA, distingue sutilmente PELLA entre la sanción regia, que opina fue de JAIME I, y la recopilación propiamente dicha, obra de SANCTACILIA, práctico o jurista de un siglo después. En orden al *cómo* o sistema seguido por el recopilador, cree que apenas siguió sistema alguno, sino que juntó en un haz una serie de disposiciones dispersas o cuadernos de varias disposiciones, sin alterarlas, por lo cual la Colección abunda en repeticiones y adolece en conjunto de cierto desorden. Viene pues a ser un procedimiento similar al usado por los ingleses. Esta parte introductoria se cierra con un estudio jurídico general de dicha Colección, cuyo contenido para PELLA se concreta en la serie de derechos y obligaciones nacidos de la vecindad de los predios y en la determinación de las condiciones de los predios en cuanto tocan o confinan, sin mirar al beneficio de uno sobre otro, sino en interés de ambos. Advierte omisiones importantes en la regulación legal, no dedicada propiamente a las servidumbres sino a las relaciones entre las propiedades vecinas, cuales son: la falta de normas sobre las de camino, carrera y vía, las de pastos y leñas, las de «fumi immitendi, projiciendi, protegendi», etc.

En la parte PRIMERA trata de la 'Explicación práctica de las relaciones y servidumbres entre las fincas urbanas', y en ella estudia el derecho de 'atans', la medianería, las presunciones para determinar si una pared es de propiedad exclusiva, común o medianera, las servidumbres de luces y vista, las servidumbres respecto a poder levantar o no ciertas paredes, la servidumbre de paso entre dos edificios y las servidumbres de verter aguas y de acueducto. Comienza el estudio de las servidumbres y relaciones entre fincas URBANAS con el llamado derecho de 'atans', que PELLA Y FORGAS considera como la suprema reforma del derecho antiguo respecto a las construcciones: por la vía consuetudinaria, que recogen las 'Ordenaciones' 39 y 40, se derogaba el 'ambitus' justinianeo, disposición imperial prohibitiva dictada por el miedo; no constituye una propia servidumbre, sino el uso de la facultad de prescindir del espacio o intersticio ('ambitus') entre dos edificios y de colocar por ajuste o adhesión —sin apoyo ni compenetración— los materiales. Trata el Autor en el capítulo siguiente de la medianería, distinguiendo entre las paredes para edificar y las paredes para cercar o cerrar; la constitución de la medianería es FORZOSA, siempre que se den ciertas condiciones para ello (Ord. 3 y 40), lo cual es una radical excepción al principio romano seguido en Castilla y procede de un viejo principio consuetudinario medieval, seguido también por el artículo 661 del Código Francés, mas no por nuestro Código Civil; por otro lado, estudia el caso de solares a diferentes niveles, según se trate de paredes de cierre o 'tanca' o de paredes para edificar.

Uno de los más interesantes capítulos es el dedicado a las presunciones para determinar si una pared es de propiedad exclusiva, común o medianera. PELLA cree deben establecerse tres órdenes de presunciones: el primero, el de las que revelan la propiedad de la pared por el lugar y terreno en que está levantada y por la persona que la levantó; el segundo, el de las determinadas por el fin u objeto que la pared cumple o realiza; y el tercero, el de las nacidas de signos o señales unidos a la pared por los cuales puede colegirse a quién corresponda su propiedad. Las de los dos primeros grupos son presunciones «iuris tantum» y las del tercero son presunciones simples. Entiende que son de mucha menor importancia y no siempre precisas otra serie de señales cuya existencia es objeto de diaria discusión: entre las que están la mayoría de las prevenidas en el art. 573 C. c., censurado por PELLA por su poco método y falta de claridad. El Autor cree que toda esta serie de señales debiera clasificarse en dos grandes grupos: uno, el de las señales nacidas de una *prohibición de la ley* respecto a las paredes medianeras, y otro, el de las que evidencian la *intención* de quienes construyeron el muro. Plantea y resuelve los problemas frecuentes en la práctica, bien de existir señales por ambos lados del muro, bien de inexistencia absoluta de señales o indicaciones.

Muy interesante asimismo es el siguiente capítulo, dedicado a las servidumbres de luces y vista. Las innumerables controversias sobre el particular son debidas, a juicio de PELLA, siguiendo a MOLITOR, a la tradicional confusión entre la servidumbre 'luminum' (en sus dos variantes de 'luminum' y de 'luminibus non officiatur') y la servidumbre 'fenestrarum' o 'luminis immitendi'. De las primeras se ocupan las 'Ordenaciones' 14 y 27 y de la segunda la 41. Contrasta notablemente la detenida regulación de las 'Consuetuts' con la parvedad de nuestro C. c. al respecto: en un punto concreto, el de las ventanas llamadas 'croeras' se observa la disparidad entre el art. 481 C. c., y la Ordenación 15.

Digno de atención es también el capítulo sobre las servidumbres respecto a poder levantar o no ciertas paredes, es decir, lo relativo a las dos servidumbres 'altius non tollendi' y 'altius tollendi' (Ord. 22 y 23)

En la parte SEGUNDA trata el AUTOR de la 'Explicación práctica de las relaciones y servidumbres entre las fincas rústicas', en lo que respecta a los árboles en los límites de las propiedades, a las servidumbres de pastos y leñas y de los 'emprius', a las servidumbres de caminos, y a los términos, deslindes y amojamiento de las fincas. En el estudio de las servidumbres de pastos, observa PELLA cómo se produce una curiosa anomalía respecto del concepto clásico de servidumbre, consistente en que la utilidad de que los rebaños pasten en una finca —predio sirviente— es para su exclusivo beneficio, al abonarse la tierra con los estiércoles dejados por los rebaños. Estudia las cuestiones de constitución de la servidumbre por compraventa de una finca, la de continuidad o no de la servidumbre a los efectos de la prescripción adquisitiva y la de alteración de la servidumbre por cambiar el dueño del predio sirviente el destino del terreno.

Destaca su detallado estudio de los «emprius» y sus comentarios de las leyes desamortizadoras, que a su juicio destruyeron la propiedad comunal de los pueblos.

Del capítulo relativo a las servidumbres de caminos importa aludir aquí —las repercusiones registrales son evidentes— al problema de cuándo un camino es privado o público, y al derivado de aquél de si cabe dar constituida por prescripción una vía o camino público: negado rotundamente y con notables apoyos jurisprudenciales por PELLA Y FORGAS.

Finaliza esta parte SEGUNDA con lo referente a Términos, deslindes y amojonamiento de las fincas. Punto de partida para PELLA es la consideración tomada de POTHIER de que la *vecindad* entre dos fincas es un cuasicontrato cuyo origen radica en el interés público y que nace por el acto «accidental» de hallarse tocando dos fincas. Examina los límites naturales de las fincas cuales son un río o camino público, los presupuestos lógicos de la «actio finium regundorum», las pruebas a aplicar bien directas bien indirectas (indicios o presunciones, bien de tipo legal o natural), y la habitual práctica notarial de designación de lindes.

En la parte TERCERA trata de la Adquisición y pérdida de las servidumbres en derecho catalán y de la servidumbre de transmisión o de paso de corrientes eléctricas. Del capítulo sobre Adquisición de las servidumbres importa aquí aludir a su análisis de si cabe adquirir algunas de ellas por prescripción inmemorial y de su aplicabilidad a las servidumbres continuas y discontinuas.

Estudia la servidumbre de transmisión o de paso de corrientes eléctricas, cuyo término comparativo no cabe ver en la derivada de la construcción de una vía férrea, sino que el AUTOR la asimila a las de camino, de paso y de acueducto.

En los APÉNDICES se trata de la «androna», del «destre», de los textos de las «Consuetuds de Barcelona» y de las «Ordinations de arbres que donen e donar puxan dany en terra de altri» y sus respectivas traducciones al castellano, y de la jurisprudencia sobre las servidumbres de paso y de electricidad. A los cuales se añaden en esta *nueva* edición: el texto de la Compilación de Cataluña sobre las servidumbres, la legislación vigente sobre servidumbres de paso de corriente eléctrica, aeronáuticas y de autopistas, y la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo sobre servidumbres relativa a Cataluña.

II. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.—La *primera observación* a hacer es la dificultad inherente al intento de valorar una obra jurídica de hace setenta años con el enfoque de un jurista actual, cuya mente obviamente «castanizada» parece refractaria a construcciones pretéritas.

La *segunda observación* es la suscitada por la cuestión de si existe o no una *adecuación sustancial* entre el texto de la actual Compila-

ción catalana y el contenido del estudio realizado por PELLA sobre las 'Ordenaciones de Sanctacilla'.

La *tercera*, y última, *observación* a realizar es la que viene implícita como consecuencia de un estudio sobre la significación y valor actuales de las servidumbres, o de otro modo, si cabe cuestionar sobre el «quid nominis» y el «quid rei» de la obra, su nexa y su adecuación a la noción de servidumbre.

Todas estas observaciones, sin embargo, parece que pueden ser superadas en principio, claro es que sin perjuicio de ulteriores y necesarias puntualizaciones. En cuanto a la *primera*, meramente SUBJETIVA, parece que al hijo del Autor le ha rondado también, dadas sus explicaciones en el Prólogo a la actual edición, y la resuelve con la remisión a la obra más técnica del padre sobre «Derecho Civil de Cataluña». En definitiva, el dilema que se plantea es el de si se 're-editaba' la obra o si se 're-escribía': dilema cuya solución viene a engarzar con la segunda observación.

La *segunda* observación es OBJETIVA, ya que cabe deducir si tal adecuación sustancial cuestionada existe o no. La contestación depende de si la obra se 're-edita' o se 're-escribe': al tratarse de lo primero, es evidente que la adecuación no puede ser ya sustancial sino ADJETIVA, en el sentido de ser una formulación 'histórica' o *precedente* de la regulación vigente. Lo que se traduce, a su vez, en una nueva proposición disyuntiva: si tiene una valoración superior como 'elemento interpretativo' de la actual Compilación a la luz del art. 1.º, párrafo 2.º (1), o si esta obra tendría un valor mayor insertando su contenido a modo de 'comentarios' a los distintos preceptos de la Compilación.

La *tercera* observación es, por un lado, FORMAL, en cuanto a la correspondencia cuestionada entre el contenido de la obra y su denominación; y de otro lado, SUSTANTIVA, al postular un reflejo de la obra sobre la noción y alcance actuales de las servidumbres. Si la cuestión formal parece resolverse en el sentido de una aparente inadecuación entre el «quid rei» y el «quid nominis», al decir el autor (2) «va destinado este tomo primero de los Estudios Prácticos, más que a las SERVIDUMBRES a las relaciones que se establecen entre las fincas colindantes según el modo moderno de apreciarlas con lo que POTHIER fue el primero en calificar de cuasicontrato de vecindad...». Sin embargo, de un detenido estudio del contenido se desprende claramente que los puntos más importantes son los referentes a las ideas clásicas no superadas en tema de SERVIDUMBRES. De ahí que me parezca fundamental el aspecto SUSTANTIVO en este lugar, o sea, la necesidad urgente de reelaborar el instituto de las servidumbres con ayuda de los materiales de que hoy se dispone, uno de los cuales —en orden al canon Histórico— puede y debe ser esta obra de PELLA y FORGAS comentada aquí.

Después de este conveniente punto de partida acabo con unas breves *puntualizaciones*. Al principio he apuntado cómo esta obra debe enmarcarse en un contexto histórico determinado, al que también alude el autor; se me ocurre plantear el futurible de si tantas obras 'foralistas' habrían surgido sin el poderoso catalizador que supuso el Código Civil. Un examen de conjunto de la obra nos muestra que el ilustre jurista catalán posee un estilo sencillo, popular y claro, sin excesivos tecnicismos. Quizá cabría achacarle, en cuanto a la sistemática, el que dentro de cada capítulo no están separados ordenadamente los ejes directrices de la exposición. En cuanto al fondo, creo advertir un influjo notable de la tesis de los Comentaristas, y sobre todo de las del CARDENAL

(1) Posición del hijo del autor: v. pág. 166 de la obra

(2) Prólogo, en pág. 6.

DE LUCA y CÁNCER, así como de POTHIER: con la consecuencia importante de que la bibliografía citada por el autor es en esencia la medieval y la de los Comentaristas. También se echa a faltar un detenido análisis comparativo con los preceptos del C. c.

Lo verdaderamente perenne de la obra, lo que conserva todo su valor y vigencia, son los acertados comentarios acerca de las servidumbres de medianería, de luces y vista y de caminos, verdadera 'triada' que dá carácter a la obra y que excede con mucho de un mero estudio 'práctico' como modestamente lo titulaba el autor.

Todo lo expuesto es realmente lo que me suscita la lectura de la obra y su recapitulación. Lo demás pertenece ya a consideraciones críticas sobre la *nueva* edición, que para ser completa debiera contener una larga relación de *disposiciones legislativas* de valor diverso, cuales son, entre otras: D. de 2 de junio de 1966 (sobre policía de árboles junto a las carreteras), Reg^o de 30 de noviembre de 1961 (sobre instalación de industrias peligrosas, incómodas e insalubres), Ley de 24 de diciembre de 1962 sobre Auxilios y Salvamentos marítimos (creando las servidumbres de vigilancia y de salvamento sobre los predios lindantes con el litoral marítimo), Reg^o de 14 de noviembre de 1958 (de policía de aguas fluviales, estableciendo las servidumbres respectivas), Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y su Regl^o de 1958, Ley de 18 de marzo de 1966 y Decreto de 20 de octubre de 1966 (sobre servidumbres respecto del paso de corrientes eléctricas), Ley de 29 de abril de 1964 sobre telesféricos y otra de igual fecha sobre Energía Nuclear, Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (arts. 108 y ss. sobre ocupaciones temporales), Ley de Caza de 4 de abril de 1970 (art. 22-2.º, etc.).

De toda esta serie de leyes, cuya enumeración es indicativa, cabe extraer un conjunto de normas sustantivas respecto a servidumbres sobre fincas rústicas y urbanas. Su cita aquí se hace para completar los Apéndices a la obra y sugerir ideas a futuros estudiosos del tema.

Quizá cabría haber incluido *otras sentencias del Tribunal Supremo* en tema de SERVIDUMBRES aún no referentes a Cataluña, por su evidente interés como son, entre otras: Sentencia de 24 de junio de 1967 sobre una servidumbre de «altius non tollendi» (3), Sentencia de 2 de noviembre de 1967 sobre servidumbre de paso de energía eléctrica (4), etc.

III. SUGERENCIAS DERIVADAS DE LA OBRA.—La *primera* de ellas es que sería muy conveniente una labor comparativa entre los preceptos del C. c. y los de la Compilación e intentar inducir unos principios generales que pudieran servir en el futuro para la 'osmosis' o trasvase de uno a otro texto. La *segunda* es que en los casos de duda y en los supuestos complejos que la vida nos ofrece, podría servir de ayuda al juzgador o al intérprete la cuidadosa regulación contenida en las 'Ordinaciones de Sanctacilia'; sin ánimo exhaustivo, cabe citar: las condiciones precisas para constituir la medianería en los supuestos generales; los casos de solares con diferentes niveles, en orden a paredes medianeras; las presunciones contrarias a la medianería, de superior calidad que las del C. c.; la diferente regulación de las servidumbres «luminum» y «fenestrarum»; la distinción entre servidumbres «altius non tollendi» y «altius tollendi»; la normativa sobre servidumbre de paso entre dos edificios o «aditus»; cuya posible aplicación y juego en tema de Propiedad

(3) V. su exposición y comentario en: J. A. DORAL, «Interés público e interés privado en la 'servitus altius non tollendi'», RDP., nov 1968 pág. 924 y ss.

(4) Caso Albert c Pérez Alfonso: v Antecedentes y mi Comentario, en esta REVISTA 1968, n.º 468, pág. 1395

Horizontal no se ha vislumbrado hasta la fecha por los autores, y sin perjuicio de aplicarse también respecto a supuestos complejos de urbanizaciones privadas, propiedades atípicas o 'temporales', etc.

De la obra en sí, o sea, de los *comentarios* del Sr. PELLA y FORGAS a la regulación de las 'Ordenaciones', cabe obtener nuevas sugerencias, cuales son, entre otras: la necesidad de que el jurista no se contente con el derecho positivo, sino que acuda también a la historia, la filosofía y la sociología, entre otras ciencias, en la aplicación diaria del derecho; la obtención por inducción de un principio general —como en tema de presunciones sobre la medianería— de toda la normativa sobre cierta materia; la distinción de los supuestos de hecho que la práctica nos ofrece en base a criterios 'cualitativos'; el re-examen e interpretación de los textos de los juristas romanos en tema de servidumbres, que sirvan de luz a los problemas de hoy en tema de servidumbres; la distinción sutil entre 'derecho de leñar' y la facultad de cortar maderas, muy importante y con evidentes conexiones con otros institutos jurídicos; 'a crítica a la práctica notarial de designación de lindes atendiendo a los puntos cardinales'; etc.

IV. CONCLUSIONES.—La *primera* es que, en conjunto, la lectura de la obra de PELLA sigue siendo actual y recomendable. La *segunda*, dada la posición del hijo del autor de 're-editar' la obra, es su valor *interpretativo* en los casos de 'anomia' de preceptos de la Compilación. La *tercera*, que el autor ha tratado de las SERVIDUMBRES aún sin querer hacerlo, excediendo con mucho el contenido de la obra al de las meras 'relaciones de vecindad', cuya configuración como 'cuasicontrato' es anacrónica y ya superada. La *cuarta* es que urge una re-elaboración del instituto de las SERVIDUMBRES, que tan sólo en concretísimos puntos (prescripción, constitución tácita, la de paso y las a favor de futuro edificio) ha gozado de buena prensa jurídica.

En *resumen*: de un lado, quizá convendría 're-escribir' esta obra, incluso con superior tecnicismo, actualizando su interés cual '*comentarios*' a los preceptos de la Compilación; de otro lado, a efectos de nuestro derecho común, indico la urgencia de un 'que-hacer' como cosa de todos, consistente en una mayor atención y dedicación a las servidumbres y a su regulación en el C. c.

Finalmente, en cuanto a la ASPIRACIÓN del autor de que la obra sea práctica —«compañera del constructor, del propietario, del agricultor y del abogado fuera del despacho»—, creo innecesario añadir que su pretensión modesta ha sido ampliamente compensada con la acogida que el público de ayer y de hoy le han dispensado.

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario.

SCALINI, PAOLO: *Il Fallimento nella Giurisprudenza*. Padua, 1970.—PROTETTI ETTORE: *Il Pegno nella Giurisprudenza*. Padua, 1970 (Raccolta Sistemática di Giurisprudenza Comentata, dirigida por el Profesor MARIO ROTONDI, números 10 y 15).

La Colección sistemática de Jurisprudencia Comentada, que dirige el prof. Mario ROTONDI, intenta paliar los inconvenientes de la enseñanza predominantemente teórica de las Facultades de Derecho, a través de la publicación de una serie de exposiciones sistemáticas de decisiones jurisprudenciales que sirvan, a modo de «case-books» americanos, como libros de texto complementarios para los estudiantes, o libros de prácticas y ejercicios.

Los volúmenes referenciados, así como otros que ya conocemos de la misma colección, ordenan la Jurisprudencia sobre la materia de que se trate de forma totalmente correcta, no como una mera antología de textos, sino como una verdadera exposición sistemática, con referencias de doctrina y de jurisprudencia en cada caso, y con una trabazón lógica satisfactoria.

Aparte las evidentes ventajas que derivan de la sistemática (se sigue un orden teórico ilustrativo), los volúmenes que comentamos recogen no sólo la Jurisprudencia de la «Corte di Cassazione», sino también numerosa Jurisprudencia de mérito.

En cada caso el supuesto de hecho es ampliamente referido, labor que ciertamente viene facilitada por la propia redacción de las sentencias italianas, sin el pie forzado de los gerundios, sin la prolaja relación de los avatares del pleito y sin el peculiar estilo gramatical de la Jurisprudencia española. Con ello se evita el defecto, tantas veces acusado en colecciones de jurisprudencia españolas, de convertirse en una serie de máximas, desligadas de la solución del concreto conflicto de que se trata, e inútiles para un verdadero estudio jurisprudencial, que forzosamente ha de tener muy presente los términos exactos del supuesto y la «ratio decidendi» de la sentencia. A parte de obviar los inconvenientes de la fatiga en quien las estudia.

Además, cada uno de los puntos tratados va precedido por una introducción legislativa y por una serie de indicaciones doctrinales, generalmente adecuadas y bien referenciadas, dentro de una cierta concisión y de una atención preferente a las líneas teóricas o de interpretación más importantes. Así se presenta el problema y se introduce al lector más orientado en la serie de decisiones que afrontan la cuestión.

El libro de SCALINI sobre la Quiebra en la Jurisprudencia aborda las cuestiones más importantes (Empresas sujetas a la Quiebra, Declaración de Quiebra, Organos, Efectos, Determinación del Pasivo, Liquidación del Activo, Quiebra de las sociedades, etc.) con criterios preliminares muy actuales y con una selección que creemos enteramente válida a los fines de presentar el estado de la cuestión en la Jurisprudencia. Algo similar podemos decir del trabajo de PROTETTI sobre la Prenda (que, partiendo del propio concepto de prenda y de la distinción de las figuras afines, estudia los títulos de constitución, la prelación, el objeto, los efectos, la venta de la cosa empeñada y la extinción).

Ambos estudios ofrecen un panorama de la aportación y de la elaboración casuística de la Jurisprudencia sobre los temas tratados, es-

pecialmente útiles no sólo para los estudiosos sino también para los prácticos.

Carecemos en España de estudios monográficos de jurisprudencia semejantes a los reseñados, no obstante ser su necesidad tanto o más sentida que en Italia. Aunque ciertamente se ha iniciado una línea de estudio de la Jurisprudencia en profundidad, aún no hemos llegado ni a la necesaria depuración de las sentencias presentadas ni a la conveniente ordenación sistemática, en monografías, que también aquí servirían como libro de ejercicios o prácticas para los estudiantes de la Facultades de Derecho y como utilísimo instrumento de trabajo para todos los estudiosos o prácticos del Derecho.

V. L. MONTES PEÑADES

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL.

Julio-septiembre de 1970.

Plenitud y equilibrio de perfección sensorial en las antiguas fuentes de Derecho foral, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 459 a 518.

La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión, por Diego Espín Cánovas, págs. 519 a 541.

Culpa de la víctima y accidente de trabajo, por Miguel Rodríguez Piñero, págs. 543 a 599.

Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio de 1970, por Juan Vallet de Goytisolo, páginas 601 a 611.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Número 90, noviembre-diciembre de 1970.

Teoría de los bienes públicos, asignación de recursos y justicia fiscal, por José Luis Pérez de Ayala, págs. 9 a 33.

Provisión de bienes sociales en el sistema de mercado, por Richard A. Musgrave, págs. 39 a 59.

Dos recientes aportaciones sobre la teoría de los bienes públicos: un comentario, por Ricardo Calle Sáiz, págs. 71 a 111.

Los impuestos agrarios y el desarrollo económico, por Narciso Amorós Dorda, págs. 113 a 160.

Nuevo régimen de los fondos de inversión mobiliaria, por José María Martín Oviedo, págs. 113 a 188.

Los sujetos de la obligación tributaria, aduanera, por José Luis Lampreave, págs. 191 a 232.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Número 68, abril-junio de 1970.

Biografía de don José Febrero: Importancia de sus obras jurídicas; noticias de sus reformadores y continuadores, escrita por don Manuel Mato Vizoso en el año 1895, págs. 7 a 50.

Documento en Roma, por Rafael Núñez Lagos, págs. 51 a 84.

El Notariado y la juventud, por Roberto Blanquer Uberos y Antonio Soto Bisquert, págs. 85 a 155.

La empresa y su problemático perfil, por José María Carballo Fernández, págs. 159 a 179.

Préstamos para la adquisición de explotaciones agrícolas viables, por José Luis Merino Hernández, págs. 183 a 189.

El testamento y la Ley como normas de la partición, por Antonio Rodríguez Adrados, págs. 191 a 208.

La partición hecha por el testador, por Antonio Rodríguez Adrados, págs. 209 a 231.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Diciembre de 1970.

La evolución del Derecho privado alemán en el año 1969, por Hans Stoll, págs. 1.021 a 1.039.

El principio de seguridad jurídica en el Derecho fiscal, por José María Martín Oviedo, págs. 1.039 a 1.049.

Enero de 1971.

La estructura lógica de la proposición normativa, por Angel Sánchez de la Torre, págs. 3 a 16.

Las haciendas locales y la riqueza urbana, por Salvador Bernal Martín, págs. 16 a 28.

Febrero de 1971.

La elusión tributaria, por Narciso Amorós Rica, págs. 121 a 139.

La extracomercialidad y sus consecuencias jurídicas, por Juan Alegre González, págs. 139 a 148.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 21, enero-febrero de 1971.

La ciudad y el Derecho, por Carlos Mouchet, págs. 13 a 20.

Organización administrativa de urbanismo, por Aurelio Gualta, páginas 21 a 44.

La propiedad urbanística y su legitimación: planes y licencias, por Félix Pastor Roldruejo, páginas 45 a 69.

Las contribuciones especiales en la Ley del Suelo, por Angel Ortega García, págs. 71 a 85.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 315, diciembre de 1970.

Aspectos de la Ley de 8 de abril de 1967 sobre adopción de medidas cautelares y formación de las piezas correspondientes, por José Rodríguez del Barco, páginas 1.058 a 1.064.

Juicio ejecutivo cambiario, por Juan José Lozano Lencina, páginas 1.065 a 1.069.

Números 316-317, enero-febrero de 1971.

Aspectos de la Ley de 8 de abril de 1967 sobre adopción de medidas cautelares y formación de las piezas correspondientes (conclusión), por José Rodríguez del Barco, págs. 2 a 11.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Diciembre de 1970.

De la propiedad institucional a la propiedad comunitaria, por Lino Rodríguez Arias Bustamante, páginas 795 a 823.

Sobre el artículo 1.279 del Código civil, por Eduardo Vázquez Bote, págs. 825 a 844.

La vocación a juicio de las personas jurídicas de Derecho privado, por Manuel Taboada Roca, págs. 745 a 887.

Enero de 1971.

Notas para un concepto sociológico del Derecho penal, por José María Nin de Cardona, págs. 7 a 26.

El contrato de arrendamiento de minas, por Juan Gómez Calero, págs. 27 a 96.

Febrero de 1971.

La naturaleza del pensamiento jurídico, por Luis Recasens-Siches, págs. 159 a 202,

Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado, por Antonio Beristain, págs. 203 a 247.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Octubre-diciembre de 1970.

La mujer casada catalana ante el Derecho interregional español, por Alegria Borrás Rodríguez, págs. 765 a 778.

Juscibernética y metodología jurídica, por Antonio Enrique Pérez Luño, págs. 779 a 813.

Número extraordinario (75 aniversario).

Fianza e intercesión de la mujer casada en favor de su marido, por Francisco Fernández de Villavicencio, págs. 70 a 77.

La norma que prohíbe la fianza e intercesión de la mujer casada catalana en favor de su marido no es aplicable a las obligaciones mercantiles, por Antonio Polo Díez, págs. 78 a 95.

Dos notas sobre preterición errónea de descendientes, por Luis Figa Faura, págs. 96 a 105.

Algunas observaciones sobre los artículos 321 y 322 de la compilación, por Angel Latorre, páginas 106 a 115.

Las bases de Manresa y la reforma del Estado español, por Isidro Molas, págs. 116 a 137.

La prueba de la vecindad civil, por José Peré Raluy, págs. 138 a 159.

Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña, por José Pintó Ruiz, páginas 160 a 175.

Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la compilación catalana, por José María Pulg Salellas, págs. 176 a 253,

El término incierto implica, en los testamentos, condición, salvo que

pueda colegirse la voluntad contraria del testador, por Ramón María Roca Sastre, págs. 254 a 333.

El pensamiento político y la trayectoria de Valentín Almirall, por J. Solé-Tura, págs. 334 a 341.

La esencia y principios del Derecho civil foral, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 342 a 367.

Las instituciones dotales en la compilación, por Joaquín Viola Sauret, págs. 368 a 385.